

**Rodrigo Luís Kanayama**

**Limites às restrições aos direitos fundamentais na  
atividade de investigação do Poder Legislativo.**

Curitiba  
2007

**Rodrigo Luís Kanayama**

**Limites às restrições aos direitos fundamentais na  
atividade de investigação do Poder Legislativo.**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
à conclusão do curso de Mestrado em Direito do  
Estado, Programa de Pós-graduação em Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade  
Federal do Paraná, sob orientação da  
Professora Doutora Angela Cassia Costaldello.

Curitiba  
2007

## **Termo de Aprovação**

Limites às restrições aos direitos fundamentais na atividade de  
investigação do Poder Legislativo.

por

**Rodrigo Luís Kanayama**

Dissertação apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-graduação em Direito da  
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

Professora Doutora Angela Cassia Costaldello (Orientadora)

Professora Doutora Vera Karam de Chueiri

Deputado Federal Gustavo Bonato Fruet

## Sumário

Introdução.....	1
Parte 1 – O desenvolvimento do Estado: o ordenamento jurídico como limitador da atividade estatal.....	7
Capítulo 1 – Do Estado de Direito ao Estado Constitucional .....	7
1.1 – O Estado moderno .....	9
1.2 – O Estado de Direito e a passagem ao Estado Constitucional .....	13
1.3 – O amadurecimento do Estado: em busca da proteção aos direitos fundamentais .....	23
Capítulo 2 – A elaboração das normas jurídicas no Estado moderno: o reconhecimento dos direitos. ....	31
2.1 – Regras para a decisão normativa.....	31
2.3 – A eficácia do Direito e o dever de obedecer .....	37
Capítulo 3 – A proteção aos direitos fundamentais pelo Estado.....	43
3.1 – Os interesses e a aparição dos direitos.....	46
3.2 – O que são os direitos fundamentais? .....	50
3.3 – A função dos direitos fundamentais.....	54
Parte 2 – As normas de direitos fundamentais: limites à restrição. ....	59
Capítulo 1 – A norma jusfundamental: um conjunto de regras e princípios .....	59
1.1 – Função dos princípios e das regras.....	66
1.2 – Conflitos entre regras e entre princípios.....	69
1.3 – A estrutura das normas de direito fundamental .....	75
1.3.1 – As normas de direitos fundamentais: princípios e regras.....	76
Capítulo 2 – O caráter não-absoluto dos direitos fundamentais. ....	82
2.1 – Interesses privados, interesses públicos: relação de supremacia? .....	83
2.2. A indisponibilidade e a restrição aos direitos fundamentais .....	88
2.2.1 – A indisponibilidade dos direitos fundamentais .....	89
2.2.2 – a restrição aos direitos fundamentais: o interesse público não positivado na Constituição .....	91
2.2.3 – A restrição aos direitos fundamentais: outras hipóteses.....	100
2.3 – Os efeitos das restrições aos princípios e às regras de direitos fundamentais: conclusões parciais.....	118

Parte 3 – A função investigatória do Poder Legislativo e a proteção aos direitos fundamentais.....	122
Capítulo 1 – A organização do Estado e a atividade investigativa do Poder Legislativo.....	123
1.1 – A separação dos poderes.....	123
1.2 – O Poder Legislativo .....	127
1.2.1 – Poder Legislativo e função investigativa .....	129
1.2.2 – Comissões parlamentares .....	134
1.2.3 – As comissões e a função de inquérito .....	137
Capítulo 2 – O funcionamento das comissões parlamentares de inquérito .....	140
2.1 – Poderes de investigação próprios de autoridades judiciais .....	141
2.2 – As normas infraconstitucionais: poderes e procedimento .....	145
2.3 – Poderes das comissões parlamentares de inquérito dos Estados-membros e dos Municípios.....	151
Capítulo 3 – Os limites das comissões parlamentares de inquérito.....	155
3.1 – Limites formais .....	156
3.2 – Limites materiais.....	161
3.3 – Necessidade de interesse público que legitime a investigação.....	163
3.4 – A necessidade de motivação das decisões .....	168
Capítulo 4 – Os direitos fundamentais como limites necessários à atuação das comissões parlamentares de inquérito.....	172
4.1 – A proteção da liberdade pessoal e da propriedade .....	175
4.2 – A proteção da vida privada.....	179
4.2.1 – A integridade da personalidade: proteção da honra e da imagem..	181
4.2.2 – Direito à privacidade: resguardo do domicílio (e dos documentos e outras provas), das comunicações e das correspondências e do sigilo de dados .....	191
Conclusão.....	202

## Resumo

A atividade de investigação do Poder Legislativo é fundamental para a manutenção da democracia no Estado contemporâneo. Por depender de uma decisão da minoria dos parlamentares, pode, sem entraves, investigar e controlar o governo, buscando que o Estado realize as tarefas de forma juridicamente adequada, respeitando e materializando os preceitos constitucionais. A esta atividade, nada obstante, existem limites, que são impostos na Constituição da República: os poderes são somente de investigação de fato determinado e devem ser exercidos por um período certo. Mas não apenas: os direitos fundamentais também delimitam o âmbito de ação, pois têm a finalidade precípua de proteção da pessoa humana contra a atuação estatal, além de se constituírem cláusulas imodificáveis. Entretanto, não são ilimitados e não podem prejudicar outras disposições constitucionais, sob pena de afastamento do objetivo do Estado, que é, essencialmente, proporcionar o bem-estar das pessoas. Nos últimos anos discute-se qual seria o alcance da defesa desses direitos em contraposição aos poderes das comissões de inquérito do Poder Legislativo, as quais deverão buscar provas para comprovar fatos, podendo, em muitos casos, restringir direitos fundamentais para atingir suas finalidades. A questão que se levanta é como seria possível realizar tal intento, haja vista que os direitos fundamentais não podem ser restringidos por qualquer órgão e em qualquer momento. Neste sentido, ao Poder Judiciário caberá manter o ordenamento coerente, detendo os eventuais abusos praticados pelas comissões parlamentares contra os direitos dos investigados.

## Résumé

L'activité d'enquête du Pouvoir Législatif est fondamentale pour la maintenance de la démocratie dans l'État contemporain. Puisqu'elle dépend d'une décision de la minorité des parlementaires, elle peut, sans obstacle, enquêter et contrôler le gouvernement, pour que l'État réalise les tâches de forme juridiquement ajustée, respectant et matérialisant les règles constitutionnelles. Cependant, il existe des limites à cette activité qui sont imposées dans la Constitution de la République: les pouvoirs sont seulement d'enquête de fait déterminé et doivent être exercés pour une période donnée. Mais pas seulement: les droits fondamentaux, aussi, délimitent le contexte d'action car ils ont la finalité principale de protection de la personne humaine contre l'action de l'État, en plus de se constituer clauses immuables. Néanmoins, ils ne sont pas illimités et ils ne peuvent pas nuire aux autres dispositions constitutionnelles, sous peine de rejeter de l'objectif de l'État, qui est, essentiellement, proportionner le bien-être des personnes. Ces dernières années, il se discute quelle serait la portée de la défense de ces droits qui s'oppose aux pouvoirs des commissions d'enquête du Pouvoir Législatif, qui, à leur tour, devront chercher des preuves pour vérifier des faits, en pouvant, dans de nombreux cas, restreindre des droits fondamentaux pour atteindre leurs finalités. La question qui se pose est comment ce serait-il possible de réaliser telle intention, sachant que les droits fondamentaux ne peuvent pas être restreints par n'importe quelle organisation et n'importe quel moment. Dans ce sens, c'est le Pouvoir Judiciaire qui devra maintenir l'ordre cohérent, en retenant les éventuels abus pratiqués par les commissions parlementaires contre les droits des enquêtés.

## Introdução

“Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely”.<sup>1</sup>

(John Emerich Edward Dalberg-Acton)

Josef K. foi caluniado. Sem praticar qualquer delido foi detido. Jamais soube quem o caluniou e ignorado era o crime cometido. Teve restritos todos seus direitos: não podia se defender (nem sabia do quê!); não deixaram fazê-lo; não sabia a quem dirigir sua defesa (cadê o juiz?). Intolerável é a situação em que a intransigência do Estado impede a efetividade dos direitos fundamentais, pois tem sede de punição. Nesse momento vale a observação de Novais: mais vale um criminoso impune a um inocente condenado.<sup>2</sup>

Franz Kafka narrou em “O Processo” a luta do protagonista para provar sua inocência, a despeito de desconhecer o motivo pelo qual estava sendo processado. A angústia tomava conta de qualquer pessoa se o Estado não tivesse limites para desvendar fatos que considera anti-jurídicos. A esfera de liberdade do cidadão reduzir-se-ia ao juízo de discricionariedade de quem detivesse o poder (que tornar-se-ia o único poder).

Liberdade e limite são duas faces da mesma moeda. A liberdade não é absoluta. Os limites têm como finalidade a preservação da liberdade. Pode parecer uma contradição, mas para a existência do espaço livre, é preciso que haja demarcação do território de liberdade.

Não apenas se está tratando da liberdade e dos limites entre os cidadãos, entre os particulares, mas, principalmente, fala-se sobre os limites que determinados direitos impõem ao Estado para que possa ser perene a esfera livre dos viventes da sociedade.

Essas pequenas observações definem que os direitos protegem o espaço de ação das pessoas, porém também o delimita. Assim são os direitos fundamentais. Preservam o espaço individual, limitam a ação do Estado e de outras

---

<sup>1</sup> O poder corrompe. O poder absoluto corrompe absolutamente (tradução livre).

<sup>2</sup> KAFKA. O Processo; NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 578.



pessoas. Essas normas podem ser consideradas como ínsitas à pessoa humana, vinculadas aos anseios dos cidadãos.

Com a promulgação da Constituição da República, os direitos foram positivados, proporcionando segurança jurídica para os indivíduos. O Estado, agora, tem como tarefa o alcance dos objetivos traçados pela Carta constitucional. Aporia, é verdade, mas nem por isso a busca deve se enfraquecer. Com vistas à Justiça, a pessoa jurídica de Direito Público preserva o que é de todos – e deve preservar – mas também o que é de cada um, individualmente. É como se o “todos” e o “de cada um” fossem contrapostos e conflitantes, mas ao Estado cabe encontrar o equilíbrio, como se encontrasse o ponto no espaço orbital no qual a gravidade terrestre fosse compensada pela lunar, como descreveu Ítalo Calvino em suas “Cosmicômicas”.<sup>3</sup>

Para que o Estado possa agir necessita de instrumentos adequados para impor obediência às normas jurídicas, pois, caso contrário, sua existência seria inócua, ineficiente e dispensável. Neste conjunto instrumental, destacam-se alguns, como, por exemplo, os instrumentos do poder de polícia, que consistem na fiscalização e controle dos atos dos particulares quando a lei permite ou obriga.

Mas ainda é preciso um instrumento mais forte e eficiente, que possa vasculhar com mais profundidade em busca de acontecimentos danosos ao espaço público que não sejam evidentes ou facilmente visíveis. O Estado tem o dever de conhecer eventos que possam prejudicar a coletividade, necessitando de meios mais poderosos, garantindo, por sua vez, mesmo que indiretamente, os direitos dos cidadãos.

O Poder Legislativo é o espaço destinado ao fazimento de normas jurídicas que regerão a vida da sociedade e deverão ser escolhidas por ela própria. Mas não só isso. Por esse Poder é que são fiscalizados não apenas os atos do governo, mas de qualquer órgão do Estado que possa estar causando o prejuízo à sociedade, tendo em vista que o Estado deve servir ao povo, e não o contrário.

Controle e fiscalização. É um binômio necessário para que sejam buscados os objetivos do Estado Constitucional, concretizando-se em mais um instrumento de contenção do poder. Aliás, a melhor forma de impedir o poder

---

<sup>3</sup> CALVINO. Todas as Cosmicômicas. p. 11 e seguintes.

absoluto ou autoritário é o equilíbrio e jogo de forças entre diferentes órgãos ou pessoas, como Montesquieu já preconizava, em *O Espírito das Leis*.

Hodiernamente, um importante instrumento é o inquérito realizado pelo Poder Legislativo, cuja atribuição inicial é manter os legisladores informados sobre os acontecimentos públicos com o intuito de permitir a melhor legiferação. Nada obstante, a função de destaque é a investigação para fim de preservar as instituições e contribuindo para o bom funcionamento do Estado.

A tarefa é desempenhada por uma comissão, chamada de comissão parlamentar de inquérito – CPI – criada *ad-hoc* para a investigação de determinado fato de interesse público e com duração por tempo certo, segundo disposição constitucional. Para bem desempenhar suas funções, recebeu poderes de investigação equivalentes aos dos juízes de Direito (nem todos, evidentemente), consistindo no poder que contém o poder.

Ainda, a Constituição Federal, norma suprema, define parâmetros que garantem direitos básicos de todos os indivíduos, tornando-se também barreira de contenção do poder. E é esse ponto que será aprofundado.

Tem-se, portanto, montado o cenário no qual será desenrolada a discussão: o Estado é limitado pelo Direito e a ele deve obedecer, protegendo-se o cidadão; o Estado conta com instrumentos que controlam a ele próprio, evitando ilegalidades; esses instrumentos também são limitados pelo Direito; a fiscalização e o controle devem servir para fiscalizar o Estado, mas não podem ultrapassar os direitos; o fim último da fiscalização e do controle é a preservação do próprio Estado Constitucional e de seus membros.

Os direitos fundamentais não são apenas uma proteção do particular contra as incursões do Estado, mas também protegem a minoria de interesses e decisões da maioria<sup>4</sup>. Por não serem passíveis de modificações, tais direitos limitam que um grupo decida em detrimento a outro grupo, sendo quase absolutos.

Outrossim, em alguns casos podem ser restringidos. Quando estão em jogo outros bens constitucionais (desde que sejam realmente constitucionais e não valores que pareçam constitucionais – como o chamado “interesse público” ou “segurança nacional”, por exemplo), acontecendo conflito, pode um direito

---

<sup>4</sup> Evita-se o “autoritarismo da maioria”, ou seja, não se permite que a maioria possa decidir em detrimento dos direitos da minoria, excluindo-os da participação política. É para isso que existem direitos fundamentais imutáveis (cláusulas pétreas).

fundamental ser diminuído para que a Constituição seja concretizada. O que não deve acontecer é um direito fundamental ou bem constitucional ser desvirtuado para prejudicar outros direitos constitucionais.

Neste sentido, um processo complexo de restrição deve ser deflagrado para que se alcance a justa aplicação dos direitos sem ferir nenhum. E esse processo não pode ser realizado por qualquer indivíduo, tampouco por qualquer órgão do Estado: competências constitucionais são deferidas para realizar a tarefa.

E, outra vez, voltam-se às comissões parlamentares de inquérito. A questão fundamental que se põe neste escrito é a possibilidade e a forma de restrição aos direitos fundamentais no ambiente investigativo do Poder Legislativo. Quais atos podem praticar contra investigados e testemunhas, e quando pode afastar seus direitos para realizar seus objetivos.

Nem todas as comissões de inquérito das câmaras de vereadores, assembleias legislativas, ou o Congresso Nacional – e suas duas Casas – seguem os mandamentos constitucionais à risca. Em alguns momentos, cegos pela vaidade (como professora Matias Aires<sup>5</sup>), ofuscados pelos holofotes, ou ensurdecidos pelo simples prazer de cumprimento do dever (o que não é errado), esquecem os parlamentares dos direitos mais evidentes dos cidadãos, como a proteção da casa, da privacidade, da presunção de inocência, da liberdade. E mesmo se a restrição de direitos fundamentais for possível, há limites: “limites das restrições” (como se chamou neste trabalho) ou “limites dos limites”.

Protestos formais – ou informais – perante as comissões nem sempre surtem efeitos. O Poder Judiciário às vezes se cala. A imprensa destaca, aumenta. E é essa a discussão posta nessas páginas. E não só isso. “Pois é, pra quê?” – pergunta-se Sidney Miller, em meio ao governo militar autoritário<sup>6</sup>. De nada adianta “a revolta latente que ninguém vê”. É necessário que se busque a verdadeira materialização do Estado Constitucional.

A indagação “pois é, pra quê?” não deve ficar sem a respectiva resposta. Luta-se para a observância da Constituição. Se não se obtiverem resultados, isso não significa que a desistência é iminente. “A luta pelo direito” continua, como defendeu Ihering:

---

<sup>5</sup> AIRES. Reflexões sobre a vaidade dos homens.

<sup>6</sup> Em referência à música interpretada pelo MPB-4, compositor Sidney Miller.

“A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos”.<sup>7</sup>

Com a intenção de discutir a efetividade dos direitos fundamentais perante as comissões parlamentares de inquérito, neste trabalho serão tratados os seguintes temas: na parte 1, estudar-se-á o desenvolvimento do Estado e o ordenamento jurídico como limitação à ação estatal. A partir do Estado moderno, com o desenvolvimento do Direito, e, após, com o reconhecimento dos direitos fundamentais, a esfera privada dos indivíduos tornou-se inviolável. A ninguém, nem sequer ao Estado, era permitida a invasão da privacidade. Nessa proteção, que possui função negativa – pois determina um não-fazer – adicionou-se uma função positiva, cujo mote é determinar que o Estado deve também proporcionar a efetividade dos direitos. Para essa nova configuração dá-se o nome de Estado Constitucional.

Na parte 2, prosseguindo no tema, será abordada a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais. Para tanto, estudar-se-á a norma jurídica, que compreende regras e princípios, os quais possuem regimes diferentes de aplicação e de restrição, quando expressam direitos fundamentais. Determinar-se-á quando um direito fundamental pode ou não ser restringido e, quando possível, até qual limite.

E, na parte 3, tratar-se-á da função investigativa do Poder Legislativo, materializada pelas comissões parlamentares de inquérito, dos poderes que estas dispõem e dos limites à atuação, especialmente no tocante à proteção aos direitos fundamentais. Sendo assim, serão abordados os direitos de liberdade, privacidade, propriedade, que se desenrolam na preservação do sigilo fiscal e bancário, da casa, dos documentos particulares, das comunicações e na impossibilidade de tomada de medidas acautelatórias pelas comissões.

Deve-se determinar quando é possível restringi-los para que as comissões parlamentares de inquérito possam alcançar seus objetivos, nem que

---

<sup>7</sup> IHERING. A Luta pelo Direito, p. 1.

para isso seja necessário recorrer ao Poder Judiciário, a quem é outorgado o poder de preservar a coerência do ordenamento e de proteção aos direitos fundamentais.

## Parte 1 – O desenvolvimento do Estado: o ordenamento jurídico como limitador da atividade estatal

### Capítulo 1 – Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

O termo Estado Constitucional, por si só, representa qualidades indispensáveis para a sociedade contemporânea. Estado, Direito, direitos fundamentais e democracia são os pilares de sustentação da coesão e organização social, além de serem os caracteres que permitem a sociedade se aproximar da Justiça. Aliás, este valor sempre justificou a existência do Estado, pois foi com vistas a ela que se formou o organismo estatal.

Contudo, a Justiça, mesmo após todas as estampas que recebeu o Estado (Estado, Estado de Direito, Estado Democrático, Estado Constitucional), ainda é, nas palavras de Derrida, uma *aporía*, algo que se busca e não se alcança, uma experiência do impossível, um não-caminho. A sociedade, mesmo após a conquista da democracia e do bem-estar (em parte) para os membros da sociedade, ainda procura tal valor supremo. Justiça, então, é termo indeterminado. Difícil afirmar no que ela consiste com exatidão, mas o respeito aos direitos fundamentais são caminho obrigatório para que se chegue mais perto dela.<sup>8</sup>

Não obstante o surgimento da nova fase estatal – o Estado de Direito –, na qual prevalecem formalmente os direitos fundamentais, ainda ocorrem casos em que ficam patentes o desrespeito a eles. Procurar-se-á demonstrar neste capítulo

---

<sup>8</sup> “Une *aporía*, c’est un non-chemin. La justice serait de ce point de vue l’expérience de ce dont nous ne pouvons faire l’expérience. Nous allons rencontrer tout à l’heure plus d’une aporie sans pouvoir les passer. Mais 2. Je crois qu’il n’y a pas de justice sans cette expérience, tout impossible qu’elle est, de l’aporie. La justice est une expérience de l’impossible. Une volonté, un désir, une exigence de justice dont la structure ne serait pas une expérience de l’aporie n’aurait aucune chance d’être ce qu’elle est, à savoir just appel de la justice”. (DERRIDA. Force de Loi: Le “Fondement Mystique de L’Autorité”, p. 946). “É um estado ou condição de um impasse num contexto argumentativo ou num raciocínio, o que configura um dilema, um problema ou uma situação para os quais não se pode encontrar uma solução ou saída”. (GIACIOIA JUNIOR. Pequeno Dicionário de Filosofia Contemporânea, p. 24).

A justiça possui diversos conceitos de muitos autores de diferentes épocas. Del Vecchio, por exemplo, entende que o direito positivo deve espelhar-se nos direitos e princípios, e somente assim haverá um “Estado de justiça”, que é quem deve proteger tais valores para poder alcançar os objetivos, estando na lei positivada a imagem dessa justiça. Diz ele que a constituição política está ligada à tradição histórica e às circunstâncias particulares de cada povo. É por isso que a Constituição da República é o reflexo dos princípios basilares da sociedade e a chamamos de justiça. (DEL VECCHIO. A Justiça, p. 1); Sobre o tema, ver: DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 210; BARILE. Istituzioni di Diritto Pubblico, p. 5.

como formou-se o Estado Constitucional como organização que proporcionasse a eficácia dos direitos fundamentais em detrimento do poder estatal desmesurado.

Na atualidade, entende-se que o Estado é criação do povo – que detém a soberania – e é regulado por normas jurídicas – há a supremacia da Constituição –, além de estar presente a separação de poderes, afastando-se a tirania.<sup>9</sup> Ainda, há outros pressupostos: a atuação positiva estatal e a democracia. O que se observa é o seu caráter essencial, já que é o maior responsável na atuação positiva social, na contemporaneidade.<sup>10</sup> Após o liberalismo do início do século XX, quando o Estado se mantinha distante das relações particulares, sobrevém uma fase em que se busca o bem-estar da sociedade, concomitantemente a uma participação estatal ativa, porém limitada, intervindo no campo econômico, mais regulamentando que agindo diretamente, e atuando para concretizar direitos fundamentais, não apenas protegê-los.

As atividades tradicionais, contudo, não foram abandonadas, pois ao Estado cabia (e cabe), além de cuidar da coisa pública, garantir a materialização dos valores constitucionais consagrados, não apenas em prol da unidade homogênea da sociedade, mas também a favor de cada um dos indivíduos vistos isoladamente, atendendo ao mesmo tempo os interesses públicos e privados.

Ademais, o elo central do Estado com os indivíduos está no Direito. A eles coube a criação de ambos, devendo o Estado manter a coesão social pautado

---

<sup>9</sup> “De fato, no plano doutrinário, a idéia da soberania interna, bem longe de ser abandonada como teria pretendido a lógica do estado de direito, reforça-se decididamente, cindindo-se nas duas figuras da soberania nacional e da soberania popular, que ambigualmente ladeiam a da soberania estatal e lhe fornecem uma legitimação política ainda mais forte do que as antigas fontes teológicas e contratualistas. Embora muito diferentes entre si, são expressões dessa concepção, no pensamento filosófico-político, a doutrina rousseauiana da ‘vontade geral’ e a hegeliana do ‘estado ético’, que permitem conferir um valor totalitário ao antigo princípio da soberania absoluta. O Estado, nas figurações organicistas oferecidas por essas duas diferentes imagens da relação entre Estado e sociedade, acaba sendo não apenas legitimado como ordem civil e racional, mas, no primeiro caso, é também identificado com o ‘corpo moral e coletivo’ de todos os cidadãos e, no segundo, é sublimado como ‘substância ética’ e ‘espírito do mundo’. Em ambos os casos, o povo e os indivíduos de carne e osso, que mesmo nas doutrinas contratualistas liberais, e até e, Hobbes, sempre mantinham uma subjetividade autônoma como artes contraentes do *pactum subiectionis* (contrato de sujeição), anulam-se no Estado: ‘O Estado’, escreve Hegel, ‘é enfim a realidade imediata de um povo específico e naturalmente determinado’; e, por sua vez, ‘o povo, enquanto é articulado em si e constitui um todo orgânico, é o que chamamos de Estado’”. (FERRAJOLI. A soberania no mundo moderno, p. 29).

<sup>10</sup> Conforme Luís Roberto Barroso, “o Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público. Superados os preconceitos liberais, a doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção frente à atuação abusiva dos particulares” (in. SARMENTO. Interesses Públicos, Interesses Privados, p. x).

pelo ordenamento, passando a ser um sujeito de direito, tendo não apenas direitos, mas obrigações. Nesse sentido, o Direito é não apenas um autorizador de ações, mas acima de tudo um limitador da atuação do Estado. Estudar-se-á adiante, portanto, de que maneira os direitos fundamentais se tornaram peça principal da formação do Estado contemporâneo.

## 1.1 – O Estado moderno

A despeito do extenso estudo já realizado por tantos, não se possui uma noção uniforme do seja o “Estado”, especialmente devido ao contexto histórico no qual está inserido cada conceito. O termo, conseqüentemente, é utilizado sem uniformidade semântica, tido muitas vezes como “sociedade”, ou simplesmente como “órgãos governamentais”.<sup>11</sup>

Deve-se explicar o que se compreende por Estado moderno. Nelson Saldanha aponta uma espécie de “europocentrismo” em relação ao tema, pois o moderno seria o período histórico pós mundo medieval europeu (com o advento do Humanismo e Renascimento), ou na passagem do século XVIII para o XIX, quando houve o golpe de Brumário dado por Bonaparte.<sup>12</sup>

A despeito disso, é mais simples conceituar o Estado a partir do que se entende por Estado moderno<sup>13</sup>, devido à proximidade histórica do conceito, considerando a maior parte da doutrina três pressupostos à existência dele: uma comunidade política (povo), soberania e território.<sup>14</sup> Não são elementos comuns a todas as definições de Estado, existindo divergências, apesar de manterem alguma unicidade quanto aos elementos povo e soberania. Esse será o ponto de partida do estudo do Estado.

<sup>11</sup> KELSEN. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 183.

<sup>12</sup> SALDANHA. O Estado Moderno e a Separação de Poderes, p. 1-3.

<sup>13</sup> Para Maurizio Fioravanti, numa visão contemporânea, a semente do Estado – moderno – ocorre “cuando en un territorio concreto se dan las condiciones para la existencia de un gobierno que, sin ser todavía monopolista ni soberano, se propone ejercer, de manera clara, las funciones de *imperium* – de administración de la justicia, de imposición de tributos, de defensa del territorio y de tutela del orden y de la paz interna – pidiendo la colaboración de las fuerzas existentes – las ordenamientos eclesiásticos, las corporaciones – según reglas escritas y compartidas, que empenan a los diversos sujetos implicados confirmando sus derechos, pero también asignándoles un papel y una responsabilidad en el ámbito del gobierno del mismo territorio”. (FIORAVANTI. Estado y Constitución, p. 16)

<sup>14</sup> Além do elemento humano, a doutrina costuma afirmar que há o elemento da soberania e do território, sendo este bastante discutido. A discussão não será tratada neste trabalho, haja vista não ser importante ao desenvolvimento do tema.



Muitas definições foram elaboradas, algumas que ainda possuem importância para o estudo do tema.<sup>15</sup> Entre as que mais se destacam estão as concepções contratualistas, pensadas por Hobbes, Rousseau, Locke, Kant, que surgiram em ambiente medieval, mas desenvolveram-se, sobretudo, nos séculos XVII e XVIII. Para Hobbes, por exemplo, pelo contrato social transfere-se (a sociedade o faz, como um todo) o direito natural absoluto para as mãos de um príncipe ou assembléia.<sup>16</sup> Locke entendia que a finalidade precípua da sociedade civil era a garantia da vida, liberdade e propriedade, sendo o princípio legitimador do governo.<sup>17</sup>

Já para Rousseau, cada associado aliena seus direitos à comunidade, recebendo o equivalente ao que cede, formando um bem comum. Com a passagem da condição natural para a social pelo contrato social, como escreveu o autor, houve a necessidade de se regular a convivência comum, para que acontecesse coesão e organização necessária para a sua perpetuação. Concretiza-se na criação de uma organização que, a serviço dessas aspirações, ficasse sobre interesses egoísticos e desagregadores.

Uma comunidade de indivíduos é, evidentemente, o primeiro dos elementos essenciais. No entanto, um mero conglomerado não é o suficiente, como, por exemplo, um conjunto de pessoas unidas por fatores geográficos, sem qualquer identidade. É preciso um povo, no sentido jurídico do termo, que se entende como o conjunto de pessoas com um objetivo comum e que detém o poder

---

<sup>15</sup> Não se discutirão neste trabalho as doutrinas tradicionais acerca do conceito de Estado, haja vista serem dispensáveis para o desenvolvimento do tema. Contudo, é importante fazer uma breve explanação histórica e, se possível, se retirar os elementos comuns que tenham pretensão de definir a natureza jurídica do Estado.

Correntes do conceito de Estado: idealistas, realistas; objetivistas e subjetivistas; atomistas ou nominalistas e organicistas ou realistas; contratualistas e institucionalistas; monistas e dualistas; normativistas e não normativistas (PONTES DE MIRANDA. Teoria do Estado e da Constituição, p. 160).

<sup>16</sup> Conforme Hobbes, “uma pessoa instituída, pelo ato de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a Paz e a Defesa Comum. O titular dessa pessoa chama-se soberano, e se diz que possui Poder Soberano. Todos os restantes são súditos” (HOBBES. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, p. 126).

<sup>17</sup> SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 47;

político.<sup>18</sup> É, portanto, compreendido como o sujeito do poder, ou seja, todo o poder emana dele e é refletido no poder do Estado.<sup>19</sup>

Como ponto fundamental para que se compreenda um conjunto de pessoas como um povo está o fato de ter o poder de buscar um destino político próprio, que acontece especialmente a partir da Revolução Francesa. Destarte, considera-se povo a comunidade política que busca um fim comum, que possui o mesmo objetivo.

Outro elemento – ou qualidade, como chamado por Canotilho – é o poder soberano.<sup>20</sup> No sentido dado pelo autor, soberania significa o poder supremo, num plano interno, e poder independente, num plano internacional. Internamente, significa o monopólio da edição do direito pelo Estado e no monopólio da coação física (coercibilidade) legítima para efetivar suas regras.<sup>21</sup>

No Estado absolutista, ou Estado absoluto<sup>22</sup>, havia o sujeito soberano, que concentrava o poder em suas mãos, representado normalmente pelo monarca. A mudança do titular da soberania se deu com o desenvolvimento do Estado. O soberano interno era próprio o Estado, pois este detém o poder legiferante e a coercibilidade. Compreende-se por soberania o poder que não reconhece nenhum outro acima dele próprio, ou “poder supremo que não reconhece outro acima de si”.

---

<sup>18</sup> “Quanto aos seus associados, tomam colectivamente o nome de povo, individualmente o de cidadãos, quando participantes na autoridade soberana, e o de súditos, como indivíduos submetidos às leis do Estado” (ROUSSEAU. Contrato Social, p. 22).

<sup>19</sup> “Que o poder emerge (historicamente) sempre do povo – mesmo quanto seja atribuído a um único homem, tem de ser sempre alguém pertencente à comunidade política, nunca um estrangeiro (daí a proibição em Portugal, pelo menos após a Restauração, de reis estrangeiros) – e tem de assentar numa convicção de legitimidade”. (PONTES DE MIRANDA, Teoria do Estado e da Constituição, p. 183).

<sup>20</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 89. No mesmo sentido, GUASTINI. Lezione de teoria costituzionale, p. 50-53.

<sup>21</sup> Maurizio Fioravanti afirma que o princípio da soberania não pode ser entendido como existente desde o surgimento do Estado na Europa que existia até o período feudal: “Em una palabra, el Estado moderno europeo tiene una primera forma que no puede reconducirse al principio de soberanía. La historia del Estado moderno europeo es así más amplia, y más remota, que la historia del Estado personificado em el principio de soberanía: esa segunda historia comienza después, y representa sólo una fase dentro de la plurisecular existencia del Estado moderno europeo”. (FIORAVANTI. Estado y Constitución, p. 17).

<sup>22</sup> “En este sentido, está bien claro qué significa absolutismo político: la tendencia de la monarquía a operar, con éxito en algunos casos, con dificultad en otros como en Inglaterra, en sentido monocrático, eliminando cada vez más las distintas formas de reparto del poder que se habían estratificado en el tiempo”. (FIORAVANTI. Estado y Constitución, p. 19).

Em épocas precedentes à Revolução Francesa, o soberano absoluto – déspota – não reconhecia o poder de qualquer outra pessoa ou da comunidade sobre o seu.<sup>23</sup>

Inversamente, as Constituições recentes vêem a soberania interna como decorrente do poder político do povo, que poderá decidir o seu direito e seu destino. Nesta linha, portanto, é elemento indispensável à existência e perenidade do Estado, tendo diversas conotações que se modificaram com o passar do tempo.

Apesar da existência de outros elementos, conclui-se que sua legitimidade tem como fundamento o ordenamento jurídico.<sup>24</sup> Sem o Direito não será possível manter uma organização estatal sem que se recorra à força. O Estado, para assim ser considerado, deverá possuir regras jurídicas, mesmo que sejam simples normas consuetudinárias. Conforme Kelsen<sup>25</sup>, é mais simples discutir a natureza do Estado a partir do ponto de vista jurídico, pois uma comunidade e o poder juridicamente organizados resultam um Estado. Apenas com a regulação pelo Direito é que um aglomerado passa da simples coexistência para uma coesão convivencial, e, com o poder, do fato à instituição.

Portanto, considera-se o Estado – na sua versão moderna – uma comunidade juridicamente constituída, coordenada por uma ordem jurídica eficaz.<sup>26</sup> Essa ordem, chamada por Zipellius de “direito garantido”, significa que poderá ser imposta ao cumprimento dos membros do Estado, ao contrário das normas morais ou de costumes, cuja coercibilidade se dá apenas no âmbito moral, ou seja, os demais membros poderão censurar o faltoso, mas não obrigá-lo a comportar-se conforme regras moralmente determinadas.<sup>27</sup>

A partir daí, é preciso que o Estado possua autoridade, expressa por intermédio do governante. A decisão estatal deve ser vinculante para todos – com a

---

<sup>23</sup> Sobre o poder soberano, bem ensina Vera Karam: “se olharmos para a soberania a figura que se desenha a nossa frente é exatamente esta: o soberano está ao mesmo tempo dentro e fora da lei” (CHUEIRI. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical, p. 349).

<sup>24</sup> PONTES DE MIRANDA. Teoria do Estado e da Constituição. p. 170.

<sup>25</sup> KELSEN. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 183.

<sup>26</sup> Para Guastini: entende ser o Estado uma comunidade política estavelmente estabelecida sobre um território, o que não é unanimidade, haja vista a possibilidade existência de Estados sem território. O autor fornece vários sentidos do termo Estado, como, além do conceito na linguagem comum, Estado como comunidade política unida, Estado como comunidade política soberana e independente, e Estado como linguagem jurídica. (GUASTINI. Lezioni di Teoria Costituzionale, p. 1-13)

<sup>27</sup> ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 62.

promulgação de normas – e é lícito que se imponha a observância à força, se necessário, mantendo o respeito aos direitos fundamentais.<sup>28</sup>

Nos moldes atuais, considera-se o Estado, por ficção, um ente que pode praticar atos jurídicos – unidade com capacidade jurídica de ação<sup>29</sup> – ou, simplesmente, uma pessoa jurídica de Direito Público. A personificação de um ordenamento jurídico acarreta uma figura que pode ser compreendida como a pessoa, como uma corporação.<sup>30</sup> O povo, portanto, outorga um mandato àquele que deterá o poder público, devendo o mandatário agir conforme estão postas as regras já determinadas pelo Direito.

## 1.2 – O Estado de Direito e a passagem ao Estado Constitucional

Dividir os diversos períodos pelos quais passou o Estado moderno, como, por exemplo, afirmar que no século XIX iniciou-se o Estado de Direito no século XVIII, o Estado de Polícia (despotismo esclarecido)<sup>31</sup>, e, no século XVII, o Estado Absolutista, não é tarefa fácil, haja vista a contaminação e a peculiaridade de cada época.<sup>32</sup> Entretanto, alguns autores o fazem para demonstrar algumas características importantes ao desenvolvimento do Estado de Direito, tomando novas configurações a ponto de receber outras denominações.<sup>33</sup>

Em primeiro lugar, implementou-se a tripartição do poder (ou, melhor, funções) estatal, evitou-se que apenas um indivíduo, por si só, realizasse todos os atos que o Estado possa praticar. Afastou-se a possibilidade do governante executar suas próprias ordens e normas, cuja criação cabia a ele próprio, além de poder julgar eventuais conflitos particulares, mas sendo indemandável no exercício do poder. Essa separação foi idealizada pela primeira vez por Montesquieu,

<sup>28</sup> “La risposta è che essi hanno in comune un ‘governo’, ossia un’autorità giuridicamente competente a, o comunque di fatto capace di, (a) assumere decisioni vincolanti per tutti i membri della comunità stessa, nonché (b) imporre l’osservanza, ove occorra, con la coercizione, ossia con la forza, nei confronti di tutti e nell’ambito del territorio su cui la comunità è insediata”. (GUASTINI. Lezioni di Teoria Costituzionale, p. 7)

<sup>29</sup> ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 119.

<sup>30</sup> Kelsen. Teoria Geral do Direito e do Estado. p. 183.

<sup>31</sup> Ocorreu, nessa época, por volta do século XVIII, um dirigismo econômico, religioso, com vistas ao bem estar dos súditos, e uma pequena limitação à atuação estatal.

<sup>32</sup> ZAGREBELSKY. El derecho dúctil, p. 21.

<sup>33</sup> Deve-se ressaltar que o termo “Estado moderno” possui uma conotação temporal que não se vê na classificação acima descrita. Isso porque é de se admitir que Estados de Direito (mesmo que embriões, apenas), existiram antes do que se pode entender como “moderno”. Entre os romanos antigos já se observava um Estado regulado por normas jurídicas, por exemplo.

dividindo o ato de governar, sendo um importante fundamento dessa nova aparência do Estado.<sup>34</sup> Cada poder do Estado teria uma função principal específica: julgar, executar e legislar. E para que cada função fosse corretamente exercida, passam a existir regras que definem o procedimento de ação de cada um deles.

Assim, um dos poderes será o representante da Administração Pública – o Poder Executivo; outro, terá a função principal de criar leis – Poder Legislativo; e um terceiro deverá julgar litígios entre membros da sociedade – particulares – e entre os membros e o Estado. O primeiro tem a função primordial de administrar o Estado, executando leis, realizando concretamente o que for de interesse público; o segundo é a representação do poder do povo – soberania – cuja função é criar leis através de representantes populares; por último, o terceiro deverá julgar litígios, mas também caberá a este a análise da integridade do ordenamento jurídico – entre lei e a Constituição.<sup>35</sup> A existência de controle judicial dos atos estatais é também importante ferramenta garantidora dos direitos fundamentais.

A função jurisdicional do Estado poderá controlar a atuação dos demais poderes, fazendo-os com que observem as normas decididas democraticamente pela função legislativa. Além disso, a partir do Estado Constitucional, os poderes somente poderão atuar nos limites de sua competência definida pela Constituição, com a possibilidade do Estado vir a ser responsabilizado pelo descumprimento.

Apesar da finalidade do Estado de proporcionar a realização de interesses públicos, havia, neste período pré-oitocentista, anteriormente à Revolução Francesa, portanto, o risco de que o aparato estatal se tornasse muito

---

<sup>34</sup> “Para garantir as liberdades individuais e prevenir o arbítrio estatal, era necessário tomar precauções em especial para que a acção do Estado funcionasse mediante uma determinada distribuição de papéis e de acordo com regras de jogo garantidas. Através de uma distribuição e coordenação organizada das funções de regulação do Estado era necessário instaurar um sistema de separação e de controlo dos poderes. Tratava-se em especial de vincular o executivo à lei e ao direito” (ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 384).

<sup>35</sup> Conforme Kelsen, a separação dos poderes foi formulada da seguinte maneira pela Suprema Corte dos Estados Unidos: “Que todos os poderes confiados ao governo, estadual ou nacional, estão divididos em três grandes departamentos, o executivo, o legislativo e o judiciário. Que das funções apropriadas a cada um desses ramos do governo será investido um corpo separado de funcionários públicos, e que a perfeição do sistema exige que as linhas que separam e dividem esses departamentos devam ser ampla e claramente definidas. Também é essencial para o funcionamento bem-sucedido desse sistema que às pessoas às quais foi confiado o poder em cada um desses ramos não seja permitida a intromissão nos poderes confiados aos outros, mas que cada um deva, por meio da lei de sua criação, limitar-se ao exercício dos poderes apropriados ao seu departamento e a nenhum outro”. (KELSEN. Teoria Geral do Estado e do Direito, p. 263). Contudo, não se concorda com uma total separação dos poderes. O que cada um possui são competências definidas – ou funções definidas –, mas é da competência deles o controle sobre a atuação dos demais dois poderes.

forte e autoritário, acarretando limitações não razoáveis para com a liberdade dos membros.<sup>36</sup>

A partir do período pós-revolucionário, a função dos juízes foi reconfigurada. Uma nova face do Estado surgiu, com a predominância da lei<sup>37</sup> que, conforme a Declaração de Direitos do Homem, art. 6º, é a “expressão da vontade geral”. Nesse contexto, a Administração Pública nasce para executar esta vontade geral e suprir as necessidades dos cidadãos, representando o Estado nesta tarefa.<sup>38</sup>

Porém, além de todas essas mudanças na estrutura estatal, uma fundamental ocorreu: a substituição da sociedade de classes (estamental) por uma sociedade fundada nos direitos fundamentais e no princípio da igualdade, ou seja, todos passam a ser considerados formalmente iguais para a lei, além de outros direitos. A partir de então, passam a ser necessárias normas que estivessem sobre decisões do soberano, ou seja, que não pudessem ser ignoradas ou extintas nem por vontade dele.

O conjunto de normas torna-se obrigatoriamente escrito, propiciando segurança jurídica e delimitando o alcance do poder do soberano, de assembleias ou de agentes do Estado. Entende-se nesse momento o Estado como “governo de um território, que atua de maneira cada vez mais disciplinada e regrada, com a intenção de reunir as forças operativas sobre esse território, de reconduzi-las a um objetivo comum”.<sup>39</sup> Nesse sentido, o que ocorreu era uma situação na qual ao Estado cabia a obediência a normas jurídicas e a sua atuação passou a ser limitada por elas (princípios e regras).<sup>40</sup> O princípio da legalidade, assim, modifica a

---

<sup>36</sup> “A formação de um poder de Estado soberano, ou seja, a consolidação do poder político no Estado, serviu, sem dúvida, para a criação de constelações políticas ordenadas e para a garantia da paz jurídica. No entanto, o poder que era suficientemente forte para proteger o cidadão e para garantir o direito, também era suficientemente forte para oprimir o cidadão e dispor arbitrariamente do direito”. (ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 384).

<sup>37</sup> FIORAVANTI. Estado y Constitución, p. 24.

<sup>38</sup> FIORAVANTI. Estado y Constitución, p. 25.

<sup>39</sup> FIORAVANTI. Estado y Constitución, p. 15.

<sup>40</sup> “Os princípios do Estado de Direito servem como instrumentos para prevenir uma expansão totalitária e, em geral, um exercício incontrolado do poder do Estado. Estes princípios fazem parte da tentativa de responder à velha questão de saber como se poderão realizar simultaneamente a ordem e a liberdade”. (ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 383-384).

essência do poder neste Estado de Direito, determinando que o poder soberano se abstenha da atuação contra estas normas jurídicas.<sup>41</sup>

A coerência das decisões estatais é reflexo desse Estado legislativo. Porque tem a obrigação de respeitar a lei e sendo limitado por elas, o Estado deve agir coerentemente, não mais da forma como quisesse.<sup>42</sup> As regras do jogo estatal passaram a vigorar com a finalidade de garantir as liberdades individuais – iniciando-se um Estado liberal<sup>43</sup> – e evitar atos estatais arbitrários. O poder, de absoluto transforma-se em funcional, o que equivale a afirmar que a soberania (daquele poder absoluto) foi negada.<sup>44</sup>

A soberania adquire uma nova face e função: criam-se e permitem-se os direitos fundamentais através da elaboração das leis. É a vontade geral que passa a valer, ou seja, a auto-regulação é uma condição para a existência dessa nova aparência do Estado, que deverá acontecer por meio da democracia representativa, por decisões do povo projetadas por representantes.<sup>45</sup> Ocorre, portanto, uma transferência desse poder para um conjunto de pessoas: a comunidade política: o

---

<sup>41</sup> “El Estado de derecho indica um valor y alude solo a uma de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra em sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad em el ámbito de la actividade estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”. (ZAGREBELSKY. El derecho dúctil, p. 21).

<sup>42</sup> Conforme Gustavo Zagrebelsky, “cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, deve expresar una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios. En caso contrario se ocasionaria una suerte de ‘guerra civil’ en el derecho vigente, paso previo a la anarquía en la vida social” (El derecho dúctil, p. 30-31).

<sup>43</sup> O Estado liberal de direito é um termo utilizado por Zagrebelsky, e que, para ele, o Estado passará, no século XIX, a possuir uma conotação substantiva com relação às funções e fins do Estado. O Estado liberal de direito permite a atuação livre das pessoas, exceto se a lei o proibir. Além disso, conforme afirma Otto Mayer, a idéia expressa: a) a supremacia da lei sobre a Administração; b) a subordinação à lei, e só a ela, dos direitos do cidadão, excluindo os poderes da Administração sobre eles; c) a existência de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei, e somente a lei, às controvérsias entre indivíduos e entre eles e o Estado. (ZAGREBELSKY. El derecho dúctil, p. 23)

<sup>44</sup> FERRAJOLI. A soberania no mundo moderno, p. 28.

<sup>45</sup> Ensina Fioravanti: “Que después a este resultado de la voluntad general se llegue por la vía de la democracia directa, com la activación desde abajo de la voluntad del pueblo soberano protagonista en primera persona de la deliberación de la ley, o por la vía de la democracia representativa, mediante el gran artificio de la representación política como representación de la nación, provista de la prohibición del mandato imperativo y por tanto capaz de expresar con la ley una voluntad general y abstracta no viciada por voluntades e intereses particulares (...)”. Prossegue afirmando que “(...) la soberanía es una fuerza que nace limitada en sí, pues existe para una finalidad principal o exclusiva: la de generar una ley positiva estatal que garantiza los derechos de los individuos em cuanto tales, en condición de igualdad.” (FIORAVANTI. Estado y Constitución, p. 24 e 26).

povo. A negação deu-se em relação ao poder do sujeito-soberano, ocorrendo, portanto, a passagem para o povo-soberano.<sup>46</sup>

Compreende-se por soberania o poder que não admite nenhum outro acima dele próprio, ou “poder supremo que não reconhece outro acima de si”.<sup>47</sup> Diverge-se em definir o exato sentido do termo, até mesmo porque não é possível se afirmar que exista apenas um único significado.

Importante lembrar que existem os sentidos de soberania interno e externo<sup>48</sup>. A soberania externa é aquela que há em relação aos demais Estados, ou seja, não existe um Estado que seja superior ao outro, mas todos são iguais.<sup>49</sup> Atualmente e da mesma forma, não há hierarquia entre os Estados, que detêm a soberania para com os outros. Ademais, foi a partir do século XIX e meados do século XX que esta soberania se tornou ainda mais forte e ilimitada, tornando-se o cenário internacional similar ao estado de natureza de Hobbes.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Carl Schmitt traz o conceito de soberania do contexto teológico para o político. Segundo o prefácio de Hans Georg Flickinger (SCHMITT. O conceito do político, p. 21), Schmitt critica o conceito moderno de soberania, “que é esvaziado de seu sentido verdadeiramente político: o caráter do logos divino enquanto decisão originária, por sua vez não mais fundamentável e enquanto princípio criador da ordem objetiva aparecerá, de novo, no contexto de sua interpretação da essência da soberania política”. Ver também o povo como titular do Poder Constituinte – povo político. (CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 69).

<sup>47</sup> “Embora apareça já na Idade Média em autores como Beaumanoir e Marino da Caramanico, é indubitável que a noção de soberania como ‘*suprema potestas superiorem non recognoscens*’ remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da Idade Moderna, da idéia de um ordenamento jurídico universal, que a cultura medieval havia herdado da romana”. (FERRAJOLI. A soberania no mundo moderno. p. 1 – nota: essa obra corresponde ao capítulo 5 do escrito *Derechos y Garantias*, do mesmo autor, que também utiliza-se neste trabalho).

<sup>48</sup> Conforme Riccardo Guastini, o vocábulo soberania é utilizado em dois sentidos. No primeiro em relação ao direito constitucional, que, em tese, seria ilimitado. Isso porque um Estado não reconhece outro Estado acima de si próprio. Já no segundo sentido, afirma o autor: “quando é referido al popolo o ad un organo dello stato, lo stesso vocabolo significa “*summa potestas*”, potere supremo, supremazia”. (Lezioni de Teoria Costituzionale, p. 50).

<sup>49</sup> Materialmente não ocorre tal igualdade formal entre Estados: “A idéia de uma sociedade de Estados igualmente soberanos, porém sujeitos ao direito, a afirmação de uma série de direitos naturais desses Estados e a teoria da guerra justa como sanção estão na base da doutrina da soberania estatal externa e, mais em geral, da teoria internacionalista moderna como um todo. Cada uma delas assinala uma ambivalência e uma aporia: a idéia da igualdade dos Estados como sujeitos igualmente soberanos está em contraste com aquela da sua sujeição o direito e, ao mesmo tempo, é desmentida pelas suas desigualdades concretas e pelo papel dominante das grandes potências”. (FERRAJOLI. A soberania no mundo moderno. p. 15).

<sup>50</sup> “Em suma, entre o século XIX e a primeira metade do século XX, desenrola-se essa série singular de eventos político-institucionais: o Estado nacional e liberal-democrático que vem se afirmando na Europa, enquanto internamente outorga para si um ordenamento complexo, fundado em princípio na limitação dos poderes do soberano e na sua sujeição à lei (nos moldes do estado liberal de direito) e, em seguida, na representação e na participação popular (nos moldes da democracia representativa), liberta-se definitivamente, nas relações externas com os demais Estados, de qualquer vínculo e freio jurídico. Os dois processos são simultâneos e paradoxalmente conexos. O estado de direito,



Não se deterá, neste trabalho, à soberania externa, mas interna, haja vista a necessidade de se analisar a construção do ordenamento jurídico para a defesa dos direitos fundamentais dos membros de uma sociedade ou comunidade política. A doutrina juspublicista, com relação à soberania interna, possui entendimentos diversos. Cita Ferrajoli a metáfora do “Estado pessoa”, ou como se fosse o Estado um homem artificial, no qual a soberania seria a sua alma e, como consequência, ela seria absoluta.<sup>51</sup> Nesse caso, entende-se a soberania interna como o monopólio do Estado para criar normas jurídicas.

No século XIX ocorreu uma forte ligação entre “soberania, direitos fundamentais e o princípio da igualdade”. Dessa maneira uniram-se as condições ideais para seguramente se afirmar que ocorre a transição para o Estado de Direito, que, entre os Estados europeus, vigerá até meados do século XX. O termo Estado de Direito é bastante utilizado na doutrina e representa, mesmo que genericamente, uma situação pela qual se passou e que foi fundamental para a definição do Estado contemporâneo.

Ademais, o que marca a época é a presença de uma Constituição liberal em cada Estado, cujo mote é a regulação dos poderes públicos, com a separação dos poderes, a vigência de leis e a atuação do Poder Judiciário, e a proteção dos direitos fundamentais, com especial proteção à liberdade individual, devendo a lei estar sob este ordenamento constitucional.

O processo para que o Estado atue concretamente é, então, determinado formalmente, por normas jurídicas. Somente pode praticar atos se estiverem de acordo com diversos estágios definidos nas normas. O “querer” e o “fazer” estatais passam a ser separados por um espaço chamado de “processo”. No direito inglês, a isso se deu o nome de *Rule of Law*, que é a “observância de um processo justo legalmente regulado”. Além desse sentido, o termo significa a “proeminência das leis e costumes perante a discricionariedade do poder real”, “a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do Parlamento”, e a “igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos afim de estes aí defenderem os

---

internamente, e o estado absoluto, externamente, crescem juntos como os dois lados da mesma moeda”. (FERRAJOLI. A soberania no mundo moderno, p. 34).

<sup>51</sup> FERRAJOLI. A soberania no mundo moderno, p. 19.

deus direitos segundo os princípios de direito comum aos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos).<sup>52</sup>

Nos Estado Unidos difundiu-se a idéia de “*always under law*”. O povo escolheu uma Constituição, cujo conteúdo definiu o esquema do governo e seus limites. A legitimidade do governo será decorrente do respeito às normas jurídicas.<sup>53</sup>

Na França divulgou-se doutrina do “*État Legal*”, tido como uma ordem jurídica hierárquica. Acima de tudo estava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que estava sobre a própria Constituição. A partir desse momento, a lei somente poderá ser editada por órgão legislativo – representante da vontade geral – devendo o Estado respeitar essa vontade popular. A importância da lei no direito francês tornou-se tão significativa – em detrimento da Constituição – que é de se afirmar que na França vige um “constitucionalismo sem Constituição”.<sup>54</sup>

A relação entre o Estado e seus súditos acabou se tornando menos de hierarquia e mais de igualdade, estando ambos com obrigações e direitos recíprocos.<sup>55</sup> Nega-se, entretanto, que ambos tornaram-se iguais, numa relação horizontal, pois a verticalidade ainda existe no Direito Público, estando o Estado numa relação de autoridade para com o particulares ou membros da sociedade, mas seu âmbito de atuação é reduzido pelas normas jurídicas.

Com o aprimoramento da soberania popular, o Estado de Direito torna-se um Estado Democrático de Direito, cuja presença de uma Carta Política fundamental torna-se elemento indispensável à garantia dos direitos dos membros sociais e da democracia. Impossível de idealizar um Estado sem a existência de uma Constituição, cujo Direito e democracia seja respeitados, sendo o espírito do povo representado por ela, cuja escolha deve se dar pela soberania popular.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 88.

<sup>53</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 88.

<sup>54</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 89.

<sup>55</sup> FERRAJOLI. A soberania no mundo moderno. p. 28.

<sup>56</sup> Mesmo no atual estágio de desenvolvimento do Estado brasileiro, cuja roupagem é dum Estado Constitucional, haja vista a defesa da Constituição Federal de 1988 e dos direitos fundamentais, não é possível se verificar materialmente a soberania popular, como já exposto anteriormente. Isso é devido a diversos fatores: primeiro, uma Assembléia Constituinte composta por parlamentares (Poder Legislativo); segundo, um poder reformador da Constituição exercido por esses próprios parlamentares; terceiro, a impossibilidade de participação política diretamente pelo povo, como, por exemplo, a imensa dificuldade para a propositura de projetos de lei populares ou de órgãos representativos de classe. Portanto, a democracia no Estado constitucional brasileiro é ainda precária, e a soberania popular, não plena. A imagem que se tem dessa situação é a desconfiança do Estado nas decisões populares.

Maior participação política, ademais, faz-se necessária. Eleições para escolher os agentes que deterão mandatos públicos passam a ocorrer periodicamente. A maioria popular escolhe a quem será outorgado um mandato, ou seja, o administrador nada mais é que um mandatário – que age em nome do povo. Aliás, a participação no processo discursivo de eleição de normas – princípios, regras – torna-se elemento fundamental para o desenvolvimento democrático. O Poder Legislativo passa a ser o ponto central da manifestação democrática, não descartando a participação direta.<sup>57</sup> E o Poder Judiciário, a exemplo do que houve no Estado jurisdicional, tem um poder de destaque que antes não havia, com a função primordial de manter a integridade das normas do ordenamento jurídico (coerência do sistema), podendo retirar de vigência uma lei que declare inconstitucional.

Nesse estágio do Estado de Direito, o destaque e a inovação é a liberdade. Esta teria relação com um *status* negativo, ou seja, o poder do Estado curva-se perante o Direito, devendo abster-se de praticar arbitrariedades e autoritarismos. Já no Estado Democrático de Direito o mote é o poder político do povo – liberalismo político – e o Estado deverá proporcioná-la. – *status* positivo<sup>58</sup> A primeira – caráter negativo – garante direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade de expressão, de consciência. Já a segunda – positivo – acarretará a possibilidade de participação ativa na decisão do destino do Estado.<sup>59</sup>

A legitimidade do poder é dada pelo poder político outorgado ao próprio povo (soberania popular). Nos Estados em que há um regime constitucional-democrático a soberania do povo é que legitima o poder e a elaboração das normas jurídicas. Portanto, acima de tudo, há, no Estado Democrático de Direito, uma

---

<sup>57</sup> Art. 1º, Parágrafo Único da Constituição Federal de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>58</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 93.

<sup>59</sup> Sobre o tema, Canotilho e Vital Moreira afirma que: “a distinção entre *direitos e liberdades* faz-se tradicionalmente com base na posição jurídica do cidadão em relação ao Estado. As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e, através delas, visa-se defender a esfera jurídica dos cidadãos perante a intervenção ou agressão dos poderes públicos. É por isso que se lhes chama também direitos de liberdade, (...) direitos negativos, direitos civis, liberdades individuais. (...)” O autor afirma que no rol desses direitos se encontram, por exemplo, o direito à liberdade, direito à intimidade, direito à inviolabilidade do domicílio e correspondência, liberdade de imprensa, etc... Continua o autor: “sob a designação de direitos incluem-se, quer os tradicionais “direitos naturais”, inerentes ao homem (direito à vida, à integridade pessoal), quer os direitos ligados ao *status activus* do indivíduo, ou seja, os que visam o indivíduo como participante activo na vida política.” (Fundamentos da Constituição, p. 110). Sobre o tema, ver FIORAVANTI. Los Derechos Fundamentales.

Constituição escolhida pelos membros, que sempre serão os titulares dos direitos, podendo, inclusive, opô-los ao Estado.

Numa digressão histórica, somente após 1948, com o advento da Constituição italiana, é que o modelo de Constituição liberal foi abandonado, alterando o caminho para um viés democrático e social. Assembléias constituintes tornam-se cada vez mais comuns – desde 1919, com a Constituição de Weimar –, representando a vontade do povo – soberania – iniciando-se o que se entende como Estado Constitucional.

Utilizam-se para caracterizar o atual estágio de desenvolvimento do Direito os termos “constitucionalismo” ou “neoconstitucionalismo”, que, segundo Comanducci<sup>60</sup>, têm duas acepções diferentes: como uma teoria e/ou ideologia e/ou método de análise do Direito e como os elementos estruturais de um sistema jurídico e político. Esta última acepção designa um modelo constitucional, ou seja, o conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados em um sistema jurídico-político historicamente definidos, que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais.

Para Nino, o que é “constitucionalismo”? Em termos muito gerais seria como um “governo limitado”; uma concepção menos robusta está associada à idéia do “*rule of law*”, com a preservação de algumas normas jurídicas fundamentais; um conceito um pouco mais robusto surge com a presença de uma Constituição, que limita o governo; ainda mais robusto está a concepção de uma supremacia da Constituição sobre as leis; e, por conseguinte, mais ainda com a separação de poderes; após, há o reconhecimento dos direitos individuais indisponíveis; e robustíssimo torna-se quando há o controle judicial de constitucionalidade (com o Poder Judiciário independente); e, por último, há a democracia, com a escolha popular dos representantes.<sup>61</sup>

Já Suzana Pozzolo<sup>62</sup>, numa linha similar, afirma que o “neoconstitucionalismo” é antipositivista (?), e que se refere aos modernos ordenamentos constitucionais e democráticos ocidentais. Para a autora, de acordo com essa vertente o conteúdo da justiça é positivado (interno ao Direito), sendo os princípios reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas.

---

<sup>60</sup> COMANDUCCI. Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico, p. 75.

<sup>61</sup> NINO. La constitucion e la democracia deliberativa, p. 15-16.

<sup>62</sup> POZZOLO. Un constitucionalismo ambíguo, p. 187.

A aplicação de um Direito justo tornou-se uma aclamação popular, quando a sociedade não se contenta mais com apenas aplicação do direito positivo, mas um Direito que, não abrindo mão da segurança jurídica, realize a justiça social. Como asseverou Del Vecchio<sup>63</sup>, o direito positivo deve espelhar-se nos direitos e princípios, e somente assim haverá um “*Estado de justiça*”, que é quem deve proteger tais valores para poder alcançar os objetivos, estando na lei positivada a imagem dessa Justiça.

Nada muda, quanto à lei, que continua com a mesma importância, mas agora deve se adaptar aos mandamentos constitucionais democráticos – vige a supremacia da Constituição –, os quais garantem os direitos fundamentais. A limitação aos poderes públicos ainda se mantém, mas a nova Constituição não se limita a isso, pois agora o Estado deverá proporcionar afirmativamente os direitos fundamentais e democráticos, indisponíveis, ou seja, nem sequer a maioria ou aquele que detém o poder poderá desvirtuá-los ou extingui-los.

A existência dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, no caso brasileiro, tornou-se concreta, deixando de ser princípios implícitos prévios à Carta – direitos subjetivos, direitos humanos, direitos naturais, por exemplo – para serem princípios escritos e regras positivadas, entendidos, ambos, como normas. Além disso, sua imediata aplicabilidade e eficácia, independente de leis regulamentadoras – infra-constitucionais – garante amplamente a efetividade desses direitos (em tese).<sup>64</sup>

A supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade não parecem derivar tanto da presunção de superioridade do autor da Constituição (povo), quanto da necessidade sentida em sociedades pluralistas, de individualizar um limite seguro às pretensões da maioria (princípios indisponíveis) concretizados pelo Direito e pela jurisdição.<sup>65</sup> Isso significa que a minoria é também alvo de proteção, ou seja, a maioria não poderá decidir em desfavor à minoria.

A própria Constituição, além de ser o reflexo da vontade da maioria, tem como função primordial a defesa dos direitos daqueles que não detém suficiente expressão política. Não importa se a maioria tiver vontade de suprimir um direito

<sup>63</sup> DEL VECCHIO. A Justiça. p. 108.

<sup>64</sup> É necessário ressaltar que a eficácia dos direitos não significa imediatamente a efetividade dos direitos, ou seja, são capazes de produzir efeitos, mas são precisos diversos fatores para que sejam eles efetivados, concretizados.

<sup>65</sup> FIORAVANTI. Estado y Constitución, p. 40.

fundamental. Ou mesmo a unanimidade. Direitos fundamentais são indisponíveis e, portanto, não estão sujeitos a barganhas.<sup>66</sup> São as condições para o discurso, ou seja, a mera pretensão de se regular inicialmente uma sociedade já gera a obrigação de respeito a determinados direitos fundamentais.

A democracia, portanto, é a base principiológica de todo o ordenamento jurídico, desde a escolha das normas, cuja decisão deverá ser coletiva e que reconheça os direitos subjetivos de todos os indivíduos, mesmo que pertençam a um grupo minoritário. Por isso que ela não representa simplesmente a vontade da minoria, mas a todos, cuja participação no discurso é indispensável à materialização do Estado Constitucional.

### **1.3 – O amadurecimento do Estado: em busca da proteção aos direitos fundamentais<sup>67</sup>**

Com o desenvolvimento do Estado e o aumento da valorização da pessoa humana como legítima soberana, fez-se necessária uma maior proteção dos direitos do homem, em especial com relação à liberdade, como observou-se acima. Sociologicamente, pois, a passagem da monarquia absoluta para uma sociedade nova, com interesses diferentes do que antes havia, foi fundamental para o reconhecimento e garantia desses direitos.

É tarefa difícil delimitar os períodos de cada formato dos direitos fundamentais, sendo inclusive desnecessária a busca por um limite definido, assim como ocorreu com a abordagem dos períodos históricos do Estado. Então, afirma que houve três etapas: pré-história, até o século XVI; fase intermediária, com a elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do

---

<sup>66</sup> “A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupo de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum”. (DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 209); “A Constituição oferece um certo equilíbrio das atribuições que outorga: por um lado reconhece algumas atribuições ao Estado porém, por outro lado, admite certos direitos inalteráveis dos indivíduos”. (GORDILLO. Princípios Gerais de Direito Público, p. 66).

<sup>67</sup> É importante esclarecer que será usado neste trabalho o termo “direitos fundamentais” como os direitos humanos e naturais reconhecidos e constitucionalmente positivados por um Estado, dando-lhes eficácia. Já os direitos naturais precedem ambos, possuindo viés filosófico e considerados intrínsecos à pessoa humana. Já os direitos humanos são os direitos reconhecidos pela ordem internacional (supra-estatais). O tema será melhor tratado no capítulo 3, desta parte 1.

homem; a fase da constitucionalização, a partir de 1776.<sup>68</sup> Ingo Sarlet divide as fases dos direitos fundamentais em dimensões, ao invés de gerações, pois este termo proporcionaria uma idéia de “sucessivas gerações”, o que não seria verdade.<sup>69</sup>

O desenvolvimento dos direitos fundamentais deu-se muito antes do Estado de Direito, com sua semente em muitos diplomas legislativos desde o século XIII. Traz-se como exemplo a Carta Magna, de 1215, cuja relação se dava mais com liberdades permanentes.<sup>70</sup> Houve, na mesma linha, na Inglaterra revolucionária do século XVII, a *Petition of Rights*, que impedia arrestos arbitrários<sup>71</sup>, de 1628, e o Habeas Corpus, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689.

Manifestações do jusnaturalismo começam a surgir por volta do século XVI, XVII e XVIII.<sup>72</sup> O seu desenvolver se deu especialmente com as teorias contraturalistas, atingindo o seu ápice no iluminismo, de inspiração jusracionalista, com um dos expoentes sendo Hugo Grócio, que propôs um novo paradigma, “uma visão de conjunto e original tanto do indivíduo como da ordem política”. Expõe a idéia da relação intrínseca entre homem e direitos, introduzindo o conceito de “estado da natureza” (que é uma quebra com o período anterior, a Idade Média). O indivíduo, visto na sua essência humana, é, para o jusnaturalismo, um sujeito caracterizado por necessidades e direitos. Mais tarde, esse direito natural, destacando-se no que diz respeito à liberdade e à igualdade, tornou-se peça fundamental à evolução dos direitos humanos e do constitucionalismo do século XX. Importante ressaltar que não havia necessidade de intervenção de um corpo legislativo, automaticamente sendo convertido em atributo do sujeito.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 43.

<sup>69</sup> SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 53.

<sup>70</sup> ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 32. Ver também ZIPPELIUS. Introdução ao Estudo do Direito, p. 123, que faz uma bela introdução histórica acerca do tema.

<sup>71</sup> Conforme Pietro Costa, foi o primeiro exemplo de garantia processual que defende a liberdade. (Derechos, p. 49). “Liberdad como espacio protegido, libertad como participación política, libertad como libre expresión del pensamiento”.

<sup>72</sup> SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 45. Importante ressaltar as contribuições de Samuel Pufendorf (1632-1694), John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679). “Milton reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa, bem como a supressão da censura, Hobbes atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais, que, no entanto, alcançavam validade apenas no estado da natureza, encontrando-se, no mais, à disposição do soberano”. (p. 46)

<sup>73</sup> COSTA. Derechos, p. 47-48.

A história constitucional desses direitos começa nos Estados Unidos, com as declarações de Estados Americanos no século XVIII, sendo a primeira tipificação dos direitos fundamentais com força constitucional e influenciada pela doutrina dos direitos naturais<sup>74</sup>. A declaração dos direitos do homem e do cidadão, do Estado da Virgínia, em 1776, foi a primeira naquele país, seguida pela declaração do Estado da Pensylvania (de 1776). Somente depois é que surgiu a Constituição Federal de 1787, que não continha nenhuma dessas declarações de direitos fundamentais, incorporadas mais tarde por emendas (até 1791). Os direitos que se sobressaem dessa Constituição emendada são: liberdade, propriedade privada, segurança, direito de resistência e liberdade de consciência e de religião. A finalidade do Estado é garantir esses direitos.<sup>75</sup> Além disso, ainda consagra o princípio democrático e da separação dos poderes.<sup>76</sup>

Em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (na França), proclamaram-se como direitos fundamentais mais importantes a liberdade, propriedade, a segurança e o direito de resistência, mas não as liberdades de religião e de associação. A diferença com os Estados Unidos se dá no fato de que o Estado francês já existia antes da Declaração.<sup>77</sup>

Os primeiros direitos fundamentais constitucionais da Alemanha – 1848 em Frankfurt – foram a liberdade de residência e de locomoção, igualdade perante a lei, liberdade da pessoa, de crença, de consciência, de reunião, de associação, propriedade privada, juiz natural. Mais tarde, sobreveio a Constituição de Bismarck – 1871 – , que não continha direitos fundamentais. Somente com a Constituição de Weimar – de 1919 – traz uma parte sobre direitos e deveres fundamentais dos alemães, o quais são: igualdade perante a lei, liberdade da pessoa, inviolabilidade de domicílio, segredo de correspondência, direitos a livre manifestação de opinião, liberdade de reunião, de associação, a propriedade privada, juiz natural e proibição de tribunais de exceção.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Até esse momento os direitos fundamentais existiam apenas em documentos legais, como as leis inglesas.

<sup>75</sup> SCHMITT. Teoría de la Constitución, p. 164-165. Nem sempre a Constituição funda um Estado, pois pode ser preexistente. No caso do Brasil, o Estado já existia antes da promulgação da Constituição, mas o formato dele – Estado Democrático – só se deu no momento da nova Carta política.

<sup>76</sup> SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 51.

<sup>77</sup> SCHMITT. Teoría de la Constitución, p. 166.

<sup>78</sup> SCHMITT. Teoría de la Constitución, p. 167.



Observa-se a presença do direito à propriedade e à liberdade como direitos fundamentais de todos os documentos constitucionais. Aliás, ambos se interligam intimamente e o próprio direito de propriedade é retirado do direito à liberdade. Primeiro, porque a propriedade indica espaço próprio – livre – do sujeito, intangível. Além disso, é o espaço que o sujeito satisfaz suas necessidades.<sup>79</sup> Não só eles, mas outros também foram e ainda são bastante recorrentes nas Constituições modernas e contemporâneas, retirando-se desse conjunto de direitos o direitos à privacidade e intimidade, já que são interligados aos direitos de propriedade e de liberdade.<sup>80</sup> Nesse sentido, aqueles direitos proporcionam, da mesma forma que o direito à propriedade, a liberdade – quase – absoluta da pessoa, podendo ela dispor da forma como bem entender do seu espaço privado. A essencialidade dos direitos à propriedade e liberdade são tão evidentes que John Locke os via como expressão da natureza humana, com viés jusnaturalista.<sup>81</sup>

Essas Constituições liberais, que preservavam a liberdade em face da atuação estatal, deveriam também garantir que o Estado não pudesse intervir na esfera privada do cidadão sob pretexto ordinário. O significado de uma carta de direitos fundamentais, proclamando as liberdades como norma positiva, no momento do estabelecimento de novo Estado, é a expressão natural de uma consciência de uma direção do destino político, proclamando-se um novo *ethos* político, como houve nos Estados Unidos (1776), França (1789) e Rússia (1918).<sup>82</sup>

Quanto à relação de precedência dos direitos humanos em face das normas jurídicas, antes do século XVIII, havia doutrinas contraditórias. Ainda não se

---

<sup>79</sup> COSTA. Derechos, p. 50.

<sup>80</sup> O binômio liberdade-propriedade liga-se facilmente ao binômio privacidade-intimidade. Para que ocorra o gozo da liberdade de forma plena, é preciso que os demais direitos acima descritos sejam respeitados. É por isso que o desrespeito à direitos fundamentais da intimidade e dados pessoais pelas Comissões Parlamentares de Inquérito estarão, sistematicamente, atingindo muito outros direitos, alguns preconizados em Constituições seculares.

<sup>81</sup> Entendendo-se o autor que os direitos humanos contemporâneos são como reflexo do jusnaturalismo, do ponto de vista da filosofia. Nem todos os autores concordam com a intrinsecidade dos direitos com o homem. Hannah Arendt, por exemplo, entende que os direitos humanos não são como algo dado, mas algo criado pelo homem, em processo constante de transformação. Os direitos dependem da pluralidade humana e acabam se o indivíduo é “espulso”. Da comunidade. É necessário alguém que defenda os direitos do Homem, apesar de que não deveria ser assim. (ARENDT. As origens do totalitarismo, p. 324-336). No mesmo sentido: PIOVESAN. Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade, p. 94). Isso se demonstra pela remissão que alguns autores fazem dos primórdios dos direitos humanos, afirmando que surgiram a partir da Magna Carta, em 1215 (nesse sentido ver FLEINER. O que são direitos humanos, p. 27), com os direitos fundamentais escritos.

<sup>82</sup> SCHMITT. Teoría de la Constitución, p. 168.

os tinha como resultantes de um reconhecimento do legislador, convertendo-os em direitos fundamentais, mas como uma criação. Nesse ponto, os direitos são considerados como decorrentes da atividade legislativa, ou seja, o legislador idealizava-os e, positivando-os, criavam-se direitos fundamentais.

Elaborou-se a “teoria dos direitos públicos subjetivos”, que era fiel aos postulados do Estado de Direito, consistindo na limitação do princípio de que frente ao Estado só poderia existir uma posição de sujeição.<sup>83</sup> Essa teoria procurava defender os direitos subjetivos como derivados dum direito objetivo (positivo), resultantes da atividade do Estado. Dessa forma, ainda se entendia serem os direitos fundamentais resultantes do processo legislativo do Estado, ou seja, os direitos somente passam a existir quando criados pelo ordenamento jurídico.

Essa discussão já havia sido superada no período do absolutismo com Thomas Hobbes, que afirmou que existe a diferença entre *lex* e *ius*, preparando já a diferenciação entre o direito objetivo e subjetivo. Para Hobbes, *lex* é uma criação do homem, enquanto *ius* é intrínseco ao sujeito, precede-o.<sup>84</sup> Infelizmente, a teoria hobbesiana não encontrava guarida naquela época, pois puramente formal e sem qualquer aplicação material. Ademais, o nome “lei” e “direito” são comumente confundidos, da mesma forma que em outros ordenamentos jurídicos (“law” e “right”, nos Estados Unidos).

A mudança da concepção que se tinha dos direitos do homem, na passagem da monarquia absoluta para o Estado de Direito foi evidente. Em primeiro lugar, no século XVIII, chocaram-se o ideal da monarquia, petrificado, com o ideal de uma sociedade que buscava um desenvolvimento cultural e comercial. Depois, há o choque entre o pensamento do cristianismo – não menos conservador – e a doutrina jusnaturalista, que representava o racionalismo do século XVIII e o pensamento iluminista, ambos buscando a valorização do homem, o que não ocorria com o antigo pensar.<sup>85</sup>

Assim, a aceitação de que se reconheciam nos diplomas legais os direitos fundamentais (vindos de direitos superiores, supra-estatais), e não se criavam, foi aumentando na elaboração constitucional, difundindo por diversas

---

<sup>83</sup> ZAGREBELSKY. El derecho dúctil, p. 47.

<sup>84</sup> HOBBS. Os elementos da lei natural e política.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 173-174.

culturas a necessidade da preservação e garantia dos direitos fundamentais como necessárias e obrigatórias.

Após a Revolução Industrial, com o desenvolvimento econômico e o surgimento de classes sociais de trabalhadores – proletariado – clamavam-se por novos direitos econômicos e sociais que pudessem proteger classes operárias. Há, por exemplo, o Manifesto Comunista, em que Karl Marx, crítico do capitalismo, propunha uma nova configuração dos direitos. No sentido econômico, toda essa movimentação acarretou um cenário estatal diferente do que se tinha, quando o Estado deveria não apenas respeitar os direitos, omitindo-se de atuar na esfera privada, mas também proporcioná-los, evitando que houvesse abuso do poder econômico, intervindo na esfera privada.

Apesar de já existirem, poucas garantias havia com a segurança, a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais no Estado de Direito do século XVIII, pois ainda eram de reserva da lei e ficavam sob a vontade do legislador.<sup>86</sup> O entendimento que se tinha de direitos fundamentais é que são direitos apenas aqueles que estão definidos por lei – a despeito existência da doutrina jusnaturalista –, o que proporcionava uma grande força (ainda) ao Estado, que podia dispor desses direitos como lhe aprouvesse.

Mesmo com o advento das Constituições e da presença de normas referentes aos direitos fundamentais, a força vinculativa não era evidente, deixando ao legislador a liberdade para modulá-los. Isso permitiu o nascimento dos Estados totalitários. Não era incomum a autoridade legislar em seu próprio interesse – conforme ocorreu com a Alemanha nazista, por exemplo. O justo, portanto, era a representação do que a lei determinava, conforme o postulado positivista. É por esse motivo que a autoridade legislativa poderia suprimir direitos sem que fosse considerada uma injustiça, o que é impensável hodiernamente, haja vista a separação da Justiça e do Direito, cujos conteúdos possuem diferentes conotações.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Conforme Zagrebelsky, os direitos não eram vistos sob o caráter substancial, mas apenas formal. (*El derecho dúctil*, p. 48).

<sup>87</sup> Nem sempre o que é justo está na lei, e nem sempre o que está na lei é justo. Esse tema pode ser estudado na Introdução ao Estudo do Direito. Numa abordagem similar está a relação entre direito e moral. Para Jellinek, por exemplo, o direito e a moral são representados graficamente por círculos concêntricos, estando o direito dentro da moral (tudo que é direito é moral); No entanto, não se aceita mais essa concepção, mas a representação por círculos secantes, ou seja, nem sempre o

Somente com o alvorecer da Constituição moderna derivada do poder soberano do povo e dos direitos humanos (estes, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, passam ter conotação supra-nacional) é que tais direitos fundamentais tornaram-se imutáveis, não estando mais à disposição do Estado (ao menos, impossibilitando a supressão dos direitos). As leis devem adaptar-se ao exposto na Carta constitucional, não podendo jamais suprimir direitos fundamentais sem que a própria Carta permita. O que fazem essas Constituições é determinar o que Hobbes<sup>88</sup> já propunha: *lex* e *ius* são diferentes; um representa o direito objetivo, ou seja, aquele que está determinado na lei e pode ser alterado; outro, aquele que é intrínseco ao homem, inalterável. Pode-se ilustrar a afirmação referindo-se à Constituição Federal brasileira de 1988, cujas regras e princípios que regularam os direitos e garantias fundamentais não podem jamais ser alterados pelo legislador ou pelo Poder Reformador.<sup>89</sup>

Os direitos fundamentais determinados pela positivação constitucional são, pode-se concluir, que fruto da soberania popular, pois nada mais justo que o próprio povo possa determinar como deverão ser regidos, respeitando-se, é claro, os direitos humanos, naturais e direitos e interesses da minoria.<sup>90</sup> E para que esses direitos sejam eficazes, capazes de produzir resultados concretos (efetivos), é necessária a positivação, que, de certa forma, supre a impossibilidade de que os intérpretes possam definir o alcance do termo direitos humanos ou direitos naturais, que acabam por preceder a existência dos direitos fundamentais. Caberá, pois, ao povo, reconhecer os direitos e positivá-los, sendo-lhes vedado qualquer atentado ao desejo da minoria. Os direitos fundamentais, sendo condição para o discurso, vêm para protegê-la (minoridade) do interesse da maioria.<sup>91</sup>

Nesse compasso, é possível a identificação de quatro gerações de direitos fundamentais, conforme Ingo Sarlet. Não chamou o autor de “dimensões”, pois entende que não são sucessivas, ou seja, com o surgimento de uma

---

direito e a moral estão relacionadas (Ver REALE. Lições preliminares de Direito e ASCENSÃO. O Direito. Introdução e Teoria Geral).

<sup>88</sup> Ver a obra: Os elementos da lei natural e política.

<sup>89</sup> Art. 60, §4º, da Constituição Federal.

<sup>90</sup> Nesse ponto é possível aplicar a Teoria da Justiça de John Rawls, na qual o autor defende, formalmente, a existência do “véu da ignorância”, que proporcionaria um grau absoluto de desinteresse pessoal, acarretando uma escolha justa de princípios, já que há imprevisibilidade

<sup>91</sup> DWORKIN. Levando os Direitos a Sério, p. 208-209.

desaparece a anterior. O que acontece é uma sobreposição das gerações, com o convívio mútuo de todas.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos de defesa contra o Estado, determinando uma área em que não poderá intervir. Seriam direitos “negativos”, ou seja, é preciso que o Estado se abstenha de agir, garantindo a autonomia dos particulares. Fazem parte dessa geração os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, além de garantias (*habeas corpus*, devido processo legal, entre outros). Os direitos de segunda geração são compostos por direitos econômicos, sociais e culturais, conforme o mesmo autor. O Estado deve ter um comportamento positivo de forma a proporcionar a justiça social, o bem-estar social. Ainda, há também direitos que protegem os particulares, como o direito à greve. Na terceira geração estão os direitos de solidariedade e fraternidade, que protegem grupos humanos, sendo de titularidade coletiva ou difusa. Assim, tem-se o direito à paz, à autodeterminação dos povos, à comunicação – nesse rol de direito à comunicação poder-se-iam incluir os direitos à proteção de dados e das comunicações, que possuem ligação direta com o direito à liberdade e privacidade. Por derradeiro, tem-se a quarta geração de direitos, institucionalizando o Estado Social, com direitos à democracia, ao pluralismo, e com a globalização dos direitos. Importante ressaltar que os direitos fundamentais das primeiras gerações continuam vigendo, com modificações e atualizações ao novos tempos. Neste trabalho o estudo concentrar-se-á na primeira geração dos direitos fundamentais, que são os direitos de proteção do indivíduo contra as ingerências indevidas do Estado, ou seja, são eles que melhor delimitam a fronteira entre o espaço público e privado.

Necessário ressaltar que não é recomendável a inflação dos direitos fundamentais – nas palavras de Ferreira Filho –, criando novos direitos no texto constitucional, haja vista o risco da vulgarização e da perda do “*status* jurídico e científico”, além da perda da sua própria “fundamentalidade”<sup>92</sup>. Segundo Ingo Sarlet, é preciso que seja realmente um interesse da sociedade e que haja relevância fundamental constitucionalização de um direito. Além disso, constata-se que o excesso de direitos dificulta a efetividade, especialmente porque, quanto mais existirem, menos especiais e fundamentais serão.

---

<sup>92</sup> SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 62.

## Capítulo 2 – A elaboração das normas jurídicas no Estado moderno: o reconhecimento dos direitos.

O povo quem tem a legitimidade para elaborar o conjunto de princípios que regerá a comunidade. É a necessidade de auto-regulação, ou seja, “um povo, entendido como uma comunidade de indivíduos livres e autônomos, tem o direito e o dever de se instituir *ex novo* uma constituição capaz de traduzir em elementos institucionais e positivos uma fé racional em princípios fundamentais de convivência”<sup>93</sup>. Os interesses difusos são, assim, refletidos nesta carta de normas basilares<sup>94</sup>. Nas próximas linhas será abordada tal temática.

### 2.1 – Regras para a decisão normativa

Para que uma sociedade decida acerca das normas que a regerá, é preciso que existam algumas regras que garantam a legitimidade e a igualdade de todos perante todos. A preocupação da participação do “outro” é fundamental para a legitimidade do conjunto normativo (tanto da Constituição quanto das normas infraconstitucionais), que deve ser definido discursiva e democraticamente. Existe, para tanto, um procedimento, cuja principal regra é a livre participação de todos. O procedimento não pode, *a priori*, limitar o que pode ser discutido, exceto no caso de discussão de algo que venha a restringir essa livre participação no futuro.<sup>95</sup>

A finalidade é o alcance do consenso, que se pode afirmar que é um *aporia*, já que é um resultado muito difícil de ser alcançado, mas que a teoria do

<sup>93</sup> PALOMBELLA. Constitución y Soberanía. p. 24.

<sup>94</sup> Conforme Cláudio de Souza Pereira Neto, a constituição não pode ser entendida como um mero “reflexo da realidade”, mas deve alentar também a pretensão de conformá-la, contribuindo para o estabelecimento de termos justos para a cooperação social (A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo, p. 104).

<sup>95</sup> Conforme Riccardo Guastini, “in quanto predicado del popolo, la sovranità non è altra cosa dal potere costituente: un potere non giuridicamente limitato, per la semplice ragione che non è conferito da norma giuridiche, mas si esercita *extra ordinem*. Potere costituente è il potere di statuire o instaurare una “prima” costituzione, ossia um norma o un insieme de norme “orginarie”, independenti, che non traggono fondamento di legittimità da alcuna norma antecedente” (Lezioni de teoria costituzionale, p. 51); Sobre o tema da equíprimordialidade da soberania popular e dos direitos humanos: HABERMAS. A inclusão do outro, p. 298.

discurso pode proporcionar<sup>96</sup>. Alexy bem trata dessa matéria e para ele a teoria do discurso é uma teoria procedimental.<sup>97</sup> A racionalidade dela, então, é uma racionalidade procedimental universalista. Ainda, existem outras teorias procedimentais, como a de Buchanan y Gauthier (de tradição hobbesiana), que é contratualista, mas a diferença desta teoria com a teoria do discurso é a configuração do procedimento. No caso da teoria contratualista, o procedimento é de negociação<sup>98</sup>, enquanto que na teoria do discurso o que ocorre é o procedimento de argumentação.

No centro da teoria contratualista se encontra o conceito da decisão racional (que é definida através da idéia de maximização individual de utilidades). Já o núcleo da teoria do discurso é o conceito de juízo racional, que é definido através da noção de fundamentação racional ou argumentação (esta é determinada pela idéia de discurso racional). Para que seja o discurso racional e o processo, democrático, são necessárias algumas condições, ou regras, que permitem que as normas produzidas por esse procedimento sejam confiáveis para conduzir a princípios morais, conforme ensina Nino.<sup>99</sup>

Habermas também afirma que pelo discurso poderá ser alcançado o consenso. Conforme o autor, o Direito moderno deve manter um nexo interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo, ou seja,

“o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência”.<sup>100</sup>

Para ele, “a fonte de toda legitimidade está no processo democrático de legiferação”, cujo fundamento é o princípio da soberania do povo.

---

<sup>96</sup> Conforme Alexy, “la teoría del discurso muestra cómo puede ser realidad la razón práctica sin dejar de respetar diferentes formas de vida y concepciones de la vida buena”. (ALEXY. El concepto y la validez del derecho. p. 157; ALEXY. Teoría del discurso y derechos humanos, p. 46 e seguintes).

<sup>97</sup> ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 136.

<sup>98</sup> Alexy difere o consenso da negociação. No entanto, é importante ressaltar que pode existir uma confusão semântica com relação a “consenso”, que é sinônimo de acordo. Para se chegar a um acordo, necessária será uma negociação. Portanto, o consenso requer negociação. O termo “consenso”, no nosso entendimento, não traduz o sentido que Habermas e Alexy quiseram apresentar, pois a teoria de ambos não aceita negociações (as partes, nesse caso, sempre deverão ceder algo para receber seu direito de volta).

<sup>99</sup> NINO. La Constitución de la Democracia Deliberativa, p. 273.

<sup>100</sup> HABERMAS. Direito e Democracia. p. 115.

No início, ensina Habermas, tudo pode ser deliberado (do ponto de vista substancial), e é mister que os sujeitos sejam autônomos política e moralmente para que o Direito alcance a positividade e legitimidade. Já Alexy<sup>101</sup> afirma que o discurso racional não pode ser confundido com uma “psicose de massa”, pressupondo-se que os integrantes do discurso tenham consciência do que é bom e do que não é.

A fundamentação do discurso também deverá ser racional. Habermas ainda afirma serem aplicáveis as condições de Dworkin, como “igual respeito e consideração” (que seria o imperativo categórico de Dworkin) à sua teoria do discurso. Dessa forma, quem pretende participar da prática da argumentação precisa aceitar a perspectiva alheia<sup>102</sup>.

A teoria do discurso busca a validade intersubjetiva, em que os integrantes moralmente responsáveis de uma dada sociedade se aceitam mutuamente, almejando que suas idéias sejam ouvidas e conscientes da obrigação de ouvir as opiniões dos outros. Sem embargo, todos têm, além do direito, o dever de participar da discussão. Têm o direito, pois é a capacidade de auto-legislação. Têm o dever porque não será possível aplicar decisões normativas contra aquele que não participou da discussão. Essa participação, contudo, não poderá ser coagida e em nenhum momento pode ser usada a força. Somente assim existirá a aceitabilidade racional.<sup>103</sup>

Habermas também defende a idéia de que é preciso que o povo tenha consciência de que as normas jurídicas não apenas foram feitas para eles, mas fundamentalmente que elas foram feitas por eles, com a participação de todos, nem que seja por meio de seus representantes.<sup>104</sup>

Levanta Alexy mais um fator necessário ao discurso: o equilíbrio justo das pretensões particulares. À propósito, a posição de Rawls, apesar de ser considerado um contratualista – é procedimental, mas não adota a argumentação, mas a negociação – pode ajudar a complementar esse entendimento, pois para ele

---

<sup>101</sup> ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 139.

<sup>102</sup> HABERMAS. Direito e Democracia, p. 287.

<sup>103</sup> A obrigação de participar do discurso é entendida pelos autores, como Rui Cunha Martins, como uma medida anti-democrática, consoante a faculdade de cada um decidir se participa ou não. A democracia também significa a possibilidade de não-participação, com o respeito dos demais.

<sup>104</sup> Sobre o tema: HABERMAS. A inclusão do outro, p. 300.



é indispensável o “igual tratamento” <sup>105</sup>, em que todos estão na mesma posição na discussão.

Até o momento temos dois requisitos para que a legitimidade das normas: a soberania e o discurso (que remetem à democracia). A soberania, como vontade coletiva do povo, determina, pois, que seja o povo o único legitimado para definir princípios e regras atinentes à sua própria vida. E o discurso como condição procedimental para se chegar ao consenso, ou seja, numa discussão onde ninguém termine como vencedor, mas que todos sejam vencedores e que não existam regras preexistentes exceto a liberdade e o respeito mútuo (que são regras do próprio discurso).

Sendo assim, podem não existir normas preexistentes para definir o que pode ser discutido, mas existem, entretanto, regras para o discurso. Como escreve Écio Oto Ramos Duarte<sup>106</sup>, um discurso é racional quanto existam regras, que são as condições da argumentação jurídica. Nessa toada, conforme Nino, é bastante difícil determinar quais são os direitos *a priori*, que são pré-requisitos da validade do processo democrático, e quais são direitos *a posteriori*, que são determinados pelo processo democrático. Alguns são óbvios, outros, nem tanto. Por exemplo, há os direitos políticos, de liberdade de expressão, visivelmente *a priori*. Já outros, como o direito à vida, são difíceis de determinar seu caráter.<sup>107</sup>

Com relação às regras de direitos *a priori*, Alexy prefere separá-las em dois grupos<sup>108</sup>: regras que se referem diretamente à estrutura dos argumentos e regras cujo objeto imediato é o procedimento do discurso. São regras que dizem respeito à estrutura: não contradição, universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados utilizados, a clareza lingüístico-conceitual, a verdade empírica, a consideração dos efeitos e a ponderação, o intercâmbio de funções, e a análise do surgimento das convicções morais. No entanto, essas regras podem ser utilizadas também em monólogos. Portanto, elege o autor regras específicas do discurso (não monológico, portanto), regras do segundo grupo, que garantem a autonomia do indivíduo no debate:

<sup>105</sup> HABERMAS. Direito e Democracia, p. 114.

<sup>106</sup> DUARTE. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito, p. 145.

<sup>107</sup> NINO. La Constitución de la Democracia Deliberativa, p. 275.

<sup>108</sup> ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 137.

“1. Todo aquele que pode falar, pode tomar parte no discurso; 2.a. todos podem questionar qualquer afirmação; 2.b. todos pode introduzir qualquer asseveração no discurso; 2.c. todos podem exteriorizar seus critérios, desejos, necessidades; 3. nenhum falante pode ser impedido de exercer a salvaguarda de seus direitos fixados no (1) e (2), quando dentro ou fora do discurso predomina a força”<sup>109</sup>.

Para o autor, essas regras expressam, sob uma roupagem teórico-argumentativa, o caráter universalista da concepção teórico-discursiva da racionalidade prática. Se valem essas regras, vale então também a condição de aprovação universal (uma norma pode encontrar aprovação universal num discurso somente se as conseqüências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo podem ser aceitas por todos sobre a base de argumentos).

Uma norma que, sob estas condições, encontra aprovação universal é correta num sentido ideal e, por isso, tem uma validade moral ideal<sup>110</sup>. Ainda, o discurso deverá ser imparcial e terá o interlocutor de respeitar três regras: 1) não se nega a igualdade de direitos dos participantes na argumentação; 2) quem argumenta não pode se utilizar da força coercitiva; 3) quem quer defender sua asserção deve fazê-lo a todos, não somente ao destinatário, podendo todos contra-argumentarem.<sup>111</sup>

Essas são as regras que garantem a autonomia daquele que participa do discurso e o respeito à discussão realizada democraticamente, cujo resultado será uma carta de princípios legítima, discutida com racionalidade e aceita por todos. Impossível confiar numa democracia em que os direitos não foram decididos discursivamente.

Alexy traz três regras, as quais chama de argumentos: argumento da autonomia, argumento do consenso e argumento da democracia. Sobre o primeiro<sup>112</sup>, diz Écio Duarte que é preciso um equilíbrio justo (distribuição eqüitativa

<sup>109</sup> DUARTE. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito, p. 146.

<sup>110</sup> Esse conceito de validade moral ideal tem correspondência com o princípio do poder legislativo de Kant, que significa que somente a vontade popular universalmente unida pode ser legisladora. (ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 138)

<sup>111</sup> DUARTE. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito, p. 146.

<sup>112</sup> Para que o princípio da autonomia possa se concretizar efetivamente, deve-se entender por participação no discurso a atitude de quem, interessado na verdade e correção moral, toma parte em discursos morais e deseja resolver conflitos sociais através de consensos discursivamente elaborados e controlados e sem uso de força coativa, aceitando o fundamento principiológico de seu interlocutor. (DUARTE. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito, p. 153)

do direito de participação de cada um). Deve esse argumento pressupor aquele que participa e aquele que ainda não tem interesse em participar diretamente (como visto anteriormente, isso garante que as normas sejam legítimas também em relação ao indivíduo que não diretamente atua).

O segundo é o argumento do consenso, e deve haver um paralelismo entre este argumento e o argumento da autonomia. Para Alexy, “o argumento do consenso constitui um elemento central na fundação habermasiana de um sistema de direitos”. O sistema deve regular de maneira legítima a vida em comum dos cidadãos. É a concretização do consenso. No argumento do consenso deve-se distribuir igualmente o argumento da autonomia, e a conexão de ambos os argumentos leva à constatação de que somente uma distribuição igualitária dos direitos fundamentais poderá ser fruto de um discurso ideal.

Elege o autor, ainda, o argumento da democracia, pois quem está preocupado com a correção e legitimidade do Direito também deve estar interessado na democracia, exercendo os direitos fundamentais<sup>113</sup>. A negação discursiva desses direitos não é possível – o direito à vida, à liberdade, por exemplo – porque não se encontra fundamentação objetiva para justificar o argumento. As decisões da maioria não podem lesar os direitos fundamentais, havendo limite ao princípio da maioria e da democracia. Essa é, também ao nosso ver, uma condição do discurso, e não pode ser desrespeitada<sup>114</sup>.

Não são limitações substanciais, mas procedimentais. Isso porque é preciso o respeito aos direitos fundamentais para que todos possam ter [sempre] VOZ.

---

<sup>113</sup> É preciso fazer uma pequena observação sobre a nomenclatura. Aqui, para alguns autores, deveria ser utilizada a expressão direitos humanos, não direitos fundamentais, porque entende-se que este surge apenas quando aqueles, vindos do reconhecimento internacional, são positivados. (Nesse sentido, ver: SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 36). Já para Alexy, a expressão utilizada é direitos fundamentais, tendo em vista a amplitude do termo e pela seu equilíbrio entre um entendimento material e formal de direitos fundamentais, optando pelo procedimental. Opta-se por este entendimento, ou seja, direitos fundamentais não são apenas os considerados formalmente, previstos pela Constituição – Ingo Sarlet, inclusive, entende que a diferenciação poderia ser puramente metodológica (p. 36). Adiante será estudada com mais profundidade a diferença entre direitos fundamentais, humanos e naturais.

<sup>114</sup> Não se entendem esses direitos fundamentais (ou humanos) como princípios – preexistentes – que limitam o discurso (os quais descaracterizariam o poder constituinte), mas condições para existência dele. O direito à vida, por exemplo, é direito fundamental aceito por todos e seria impossível pensar que a discussão tomasse um caminho contrário, no sentido de não considerar o direito à vida, mas aboli-lo de qualquer norma constitucional. Sendo assim, o consenso pode ser obtido com a discussão, sendo evidente que direitos fundamentais não poderão ser desconsiderados.

De fato, a observância aos direitos fundamentais, além da existência das condições procedimentais, não seria, pois, uma limitação ao poder político-discursivo, mas uma condição. A ausência do respeito faz também desaparecer a capacidade auto-reguladora, conforme Palombella. Não é possível conceber um conjunto normativo em que tais direitos não são respeitados<sup>115</sup>, ou seja, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a igualdade, o pluralismo. Uma deliberação que não respeite tais condições não é legítima e não se pode esperar o respeito de todos os membros de uma sociedade.

Essas esferas de liberdade, como chamado por Carl Schmitt, que vêm antes de toda e qualquer escolha normativa, garantem que as normas jurídicas que mais tarde serão escolhidas, defendidas e obedecidas pelo Estado e pelo povo respeitem os direitos do homem.<sup>116</sup>

Após elaboradas as normas, a todos caberá a obediência. Por conseguinte, o ordenamento de regras que se formará após a escolha democrática também deverá estar de acordo com os princípios e regras que determinaram o discurso, ou seja, o próprio poder político que pertence ao povo ficará condicionado a esse conjunto normativo. E, ademais, os atos estatais deverão, também, estar sob essa decisão fundamental da sociedade.

### 2.3 – A eficácia do Direito e o dever de obedecer

O dever de obedecer surge com a própria escolha democrática das normas jurídicas. É neste ponto, então, que o Direito ganha legitimidade, pois, escolhido democraticamente e, positivado, ninguém poderá se opor à sua

---

<sup>115</sup> “Quisiera sostener que bajo estas condiciones y bajo el presupuesto del interés en la corrección, determinados derechos humanos pueden resultar discursivamente necesarios e su negación discursivamente imposible. Entre ellos se cuentan, por lo menos, el derecho a la vida y a la integridad física y, además los derechos a la personalidad, a la libertad básica de acción, a la libertad de religión, de opinión y de reunión, de ejercicio de la profesión y de la personalidad, al tratamiento básicamente igual y a la participación en el proceso de formación de la voluntad política. Además, probablemente entre estos derechos se cuentan derechos sociales fundamentales mínimos, tales como el derecho a un mínimo vital (ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 154)

<sup>116</sup> “De un modo poco claro se designarán como derechos fundamentales, ‘haciéndolos radicar en la Constitución’, todas la pretensiones y derechos que se consideren importantes. Para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores y superiores* al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado.” (SCHMITT. Teoría de la Constitución, p. 169).

observância. Portanto, o ponto central do dever de obedecer está na legitimidade que possui essa ordem jurídica.<sup>117</sup>

Existem, contudo, vários argumentos diferentes para justificar essa legitimidade das normas jurídicas. Qual o motivo da obediência por todos os membros da sociedade e pelo Estado? Não apenas os particulares, mas os atos estatais, como já estudado, devem estar sob a existência de leis. E por que é assim?

Um dos argumentos é o contrato social, que já havia sido exposto por Rousseau e foi revisto por John Rawls, em sua Teoria da Justiça. Para Rawls, a sociedade deve estar regida por um conceito público de Justiça. Os homens podem propor demandas reciprocamente, no entanto concordam com um ponto de vista comum a partir do qual elas serão julgadas: "poder-se-ia pensar no conceito público de justiça, como sendo a carta fundamental de uma sociedade humana em boa ordem".<sup>118</sup>

Comparativamente, a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria clássica do contrato social. É uma situação hipotética (aliás, isso é reconhecido pelo próprio Rawls). Ninguém conhece sua posição na sociedade, ninguém conhece sua classe, nem o *status* social, nem a capacidade natural. Ainda, as partes não conhecem seus diferentes conceitos de bem, ou suas propensões psicológicas particulares, e, conseqüentemente,

“os princípios de justiça são, desta forma, estabelecidos em total ignorância da posição específica de cada um. Isto garantirá que não se possa tirar vantagens ou sofrer desvantagens durante o processo de escolha dos princípios através de decorrências de chances naturais, ou da contingência de circunstâncias sociais”<sup>119</sup>.

Os acordos serão equitativos. E esse é o motivo do nome “teoria da justiça”. Os princípios da justiça são escolhidos em conjunto (com alguns já previamente escolhidos). Após, determinado seu conceito de justiça, aprovar-se-ão uma carta de princípios, regras e leis.

<sup>117</sup> Sobre o fundamento do poder, ensina Bobbio que “o debate sobre os critérios de legitimidade não tem apenas um valor doutrinal: ao problema da legitimidade está estreitamente ligado o problema da obrigação política, à base do princípio de que a obediência é devida apenas ao comando do poder legítimo. Onde acaba a obrigação de obedecer às leis (...) começa o direito de resistência” (BOBBIO. Estado, Governo e Sociedade, p. 91).

<sup>118</sup> RAWLS. Uma Teoria da Justiça. p. 28.

<sup>119</sup> RAWLS. Uma Teoria da Justiça, p. 33-34.

Tudo terá pretensão de ser justo, pois “uma característica da justiça como equidade é considerar as partes iniciais como encontrando-se numa situação racional e de desinteresse mútuo”<sup>120</sup>. Os princípios deverão ser escolhidos racionalmente e sem nenhum interesse a não ser o bem comum. Ademais, para deixar claro, os princípios da justiça deverão obedecer a certas condições e ninguém poderá tirar vantagem na escolha dos deles.

Para os contratualistas, um acordo tácito, tal como a visão de Rawls, é o dado que fundamentaria uma sociedade e o respeito às instituições e ao Direito. No entanto, esse entendimento é alvo de críticas de Dworkin, que afirma que ninguém poderá defender esse argumento por muito tempo, pois o consentimento não pode ser obrigatório para as pessoas.

Outrossim, Rawls afirma que as pessoas reconheceriam o dever natural de apoiar as instituições que passem nos testes de justiça abstrata (devem ser justas ou quase justas). É o dever de ser justo. Isso, no entanto, não explica muito bem a legitimidade, já que, inclusive, não há como afirmar que uma instituição é “quase” justa.

Um argumento mais forte é o dever moral (dever deontológico), e não a simples coação<sup>121</sup>, que leva os membros da sociedade a obedecer as leis. Como houve uma decisão democrática acerca das normas que agora regem as pessoas, presume-se que elas aceitam o ordenamento. Sobre o assunto, Hart<sup>122</sup> entendia que para a existência do ordenamento jurídico é necessário que as normas sejam obedecidas (é um critério de eficácia), mas também que as regras de reconhecimento que estabelecem as condições de validade das demais normas sejam efetivamente aceitas pelos membros da sociedade como modelos públicos de conduta oficial.

O autor compreendia que era nessa norma de reconhecimento (que era norma secundária fundamental para Hart), que estava o fundamento da obediência, não no monopólio do poder, como postulava Austin<sup>123</sup>. Sendo assim, uma norma pode ser obrigatória porque é aceita ou porque é válida. Apesar da existência de uma norma de reconhecimento<sup>124</sup>, de Hart, e da coercibilidade, é acima de tudo necessário que haja a obrigatoriedade moral ou correção material<sup>125</sup>, pois é preciso distinguir o Direito da mera força (ou seja, apenas sanções não são suficientes para

---

<sup>120</sup> RAWLS. Uma Teoria da Justiça, p. 34.

legitimá-lo).

Por essa visão, a obrigação moral e a norma de reconhecimento garantiriam a validade e a efetividade (obediência) do Direito e a coação (ou o medo de sanção), o cumprimento “forçado”, ou seja, permite que o ordenamento jurídico continue vigendo mesmo que nem todos concordem ou obedeçam a ele<sup>126</sup>.

Essa teoria positivista admite a existência de uma “textura aberta”<sup>127</sup>, que permitiria a inovação por parte do juiz. É esse o alvo das críticas de Dworkin. Para o autor, o juiz deverá fundamentar sua decisão num Direito já posto, não inventando um novo Direito para o caso concreto, buscando uma decisão correta. Para essa finalidade é que, segundo o autor, servem os princípios, que fazem parte do ordenamento e são de observância obrigatória.

Dworkin afirma que um positivista

“poderia argumentar que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios. Tal argumento seria um erro. Sem dúvida, é sempre questionável se algum princípio particular obriga, de fato, alguma autoridade jurídica. Mas não há nada no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de obrigá-la”.<sup>128</sup>

Destarte, os princípios também são capazes de obrigar, porém de maneira diferente à regra. Conforme Dworkin<sup>129</sup>,

---

<sup>121</sup> Conforme Bobbio, a coação possui duas concepções: clássica e moderna. “Para a teoria clássica, a coerção é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente; para a teoria moderna, a coerção é o objeto das normas jurídicas ou, em outros termos, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa”. (O Positivismo Jurídico, p. 147)

<sup>122</sup> HART. O Conceito de Direito, p. 145.

<sup>123</sup> Para Austin, a regra jurídica é uma ordem proveniente de uma pessoa dotada de força. Típico pensamento positivista, tal como Kelsen, que atribua a obediência à sanção. Além disso, defendia em sua teoria a possibilidade do juiz criar um novo direito para o caso de não haver previsão ou jurisprudência, cuja discussão virá adiante. (DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 29)

<sup>124</sup> Dworkin explica a “norma de reconhecimento” de Hart. Para ele, essa norma é a regra secundária, que fundamenta o ordenamento jurídico. A autoridade está nela, e não no monopólio do poder, como afirmava Austin. (DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 33)

<sup>125</sup> SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y positivismo. p. 59.

<sup>126</sup> É preciso ressaltar que para manter um sistema jurídico não é suficiente apenas a força, mas também legitimidade. A adesão ao direito não pode ser forçada, mas voluntária. (SANCHÍS. Constitucionalismo y positivismo, p. 72). Conforme Rousseau, “convenhamos que a força não faz o direito e que só devemos obedecer aos legítimos poderes” (Contrato Social, p. 14).

<sup>127</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 35.

<sup>128</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 56.

<sup>129</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 57.

“somente regras ditam resultados [particulares]. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E permanecem intactos quando não prevalecem”<sup>130</sup>.

Somado à discussão da legitimidade das normas, há o ideal da integridade, de Dworkin, que significa que todos devem obedecer o que foi decidido pela maioria. Somente assim um Estado poderá ser considerado legítimo<sup>131</sup>. Vedam-se as decisões conciliatórias, que são aquelas que garantem os direitos proporcionalmente à vontade de cada grupo dentro de uma sociedade, pois elas impedem a coerência do ordenamento, ou seja, desrespeitam sua integridade. Para Dworkin, decisões conciliatórias existem quando uma comunidade estabelece e aplica direitos diferentes (para cada um dos grupos que assim decidiu), coerentes em si mesmo, mas que não podem ser defendidos em conjunto como a expressão de uma série coerente de princípios da justiça, equidade.

As decisões conciliatórias são obtidas com muito mais facilidade, pois a cada grupo de uma comunidade pode-se aplicar o Direito que mais lhes aprouver. Não há conflito de opiniões e isso dispensa discussões. Mas os revés são, por exemplo, a ausência da “igualdade formal”, a existência da parcialidade, impossibilidade da união da vida moral e política do cidadão.

Tem-se como certo que a integridade é necessária, ou seja, é preciso que o sistema seja coerente em si, com aplicação a todos os integrantes de uma sociedade indistintamente (e a todas as situações). Aí está um imbróglio: deve-se obedecer uma determinada lei se não se concorda com ela? A resposta é positiva. E consciente de que uma Constituição não é simplesmente um conjunto de princípios e regras que apenas servem de parâmetro, mas possuem força normativa concreta, sendo possível afirmar que, após sua promulgação, o respeito a ela torna-se obrigatório a todos os membros da sociedade.

A integridade é aplicável a todos. Aos juízes, em especial, já que devem decidir com base na própria lei e em julgados anteriores<sup>132</sup>, devendo possuir

<sup>130</sup> Ao contrário das regras que, em caso de conflito, uma deixará de ser válida.

<sup>131</sup> “Um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres” (DWORKIN. O Império do Direito, p. 232).

<sup>132</sup> Como já visto, na obra de Dworkin, a integridade diz respeito às decisões judiciais anteriores que também devem ser seguidas. Para o autor, o direito é sempre uma construção contínua, devendo ser, acima de tudo, coerente. Ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, no



consciência do ordenamento jurídico como um todo (já que sua decisão deve ser coerente com todo o sistema). Mas não a apenas eles, mas também aos demais aplicadores da lei, incluindo o Poder Legislativo quando investiga por intermédio de comissões. Além da obrigação de observância dos preceitos constitucionais no processo legislativo, devem obedecer quando instituem comissões de inquérito, tendo os mesmos encargos e deveres que os juízes têm quando instruem um processo.<sup>133</sup>

O ponto central é a discussão acerca da obediência e aplicação do Direito. Deve-se aplicar o que está posto e que já foi decidido democraticamente. A inovação do ordenamento jurídico (baseada na discricionariedade forte, de Dworkin) deve ser afastada. Nesse sentido, os direitos fundamentais expressos na Constituição têm, certamente, força normativa, sendo obrigatória a sua observância por qualquer ente estatal.<sup>134</sup>

A legitimidade de uma Constituição, norma fundamental que contém a decisão política do povo, surge devido à observância ao procedimento de escolha normativa que deve se dar pelo Poder Constituinte. Carl Schmitt determina o conceito desse Poder que, para ele, “é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo”.<sup>135</sup> Assim, “uma Constituição é legítima – isto é, reconhecida não somente como situação de fato, mas também como ordenamento jurídico – quando a força e autoridade do Poder Constituinte no qual descansa sua decisão é reconhecida”.<sup>136</sup> Uma Constituição não é legítima devido a normas superiores a ela e que são vigentes antes dela. Uma Constituição é legítima, portanto, porque é proveniente de

---

ordenamento brasileiro, caberá a defesa das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais, devendo afastar-se de qualquer decisão que não siga o que já está determinado, mantendo, portanto a integridade. Adiante, será estudado como o Poder Judiciário deve atuar devido aos excessos praticados por comissões parlamentares de inquérito. Sobre o tema e a preservação da Constituição, ver: NINO. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 56-62.

<sup>133</sup> A obediência ao direito pelos juízes foi conquista do Estado de Direito pós-revolucionário. A eles, como representantes de uma das funções estatais, o poder jurisdicional, não cabe inventar conforme suas vontades um direito que mais lhes apetece, introduzindo normas e ignorando e invalidando outras anteriores.

<sup>134</sup> Na esteira da lição de Seabra Fagundes, “o Poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o Estado (ou o reconstrói), através da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando os direitos fundamentais do indivíduo” (Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, p. 15).

<sup>135</sup> SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, p. 94.

<sup>136</sup> SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, p. 104.

uma decisão política fundamental, ou seja, é uma decisão nova. Uma Constituição que recebe a sua legitimidade ou suas normas de uma anterior não pode ser concebida. Essa teria uma aparência de Constituição reformada, que é resultante do processo de revisão constitucional.<sup>137</sup>

Afinal, a legitimidade de um ordenamento jurídico vem da obediência de um procedimento e do respeito aos direitos fundamentais que permitirão e garantirão o acesso de todos na discussão. A eficácia plena dos direitos devem se dar pela positivação na Constituição, determinando a legitimidade e eficácia dos direitos fundamentais.<sup>138</sup> Uma Carta constitucional é legítima por ser proveniente da vontade do povo, mas, num ambiente democrático, será legítima se respeitar a participação de todos nas discussões políticas. Preenchendo tais requisitos, o dever de obediência se impõe.

### **Capítulo 3 – A proteção aos direitos fundamentais pelo Estado**

A proteção aos direitos fundamentais foi a maior contribuição das Constituições desde o surgimento do Estado de Direito. Passa-se, pois, de um rol reduzido, no início, a uma plêiade de direitos positivados, no Estado Constitucional. Positivados e eficazes – porém nem sempre efetivos – , essa qualidade do Direito tem como função principal a proteção do homem, especialmente através da preservação das instituições democráticas, que deverá ser, também, a finalidade última da atuação estatal.<sup>139</sup>

A maior parte da doutrina vem se referindo à categoria de direitos necessários ao homem para uma vida digna como direitos fundamentais, e isso não é infundado. A expressão traduz um conjunto de direitos que são o ponto de partida para todos os demais e são indisponíveis em qualquer Estado de Direito na contemporaneidade.

Nessa linha de pensamento, os direitos fundamentais são comumente chamados, conforme José Afonso da Silva, de direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades

<sup>137</sup> SCHMITT. Teoría de la Constitución, p. 105.

<sup>138</sup> “Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. (HABERMAS. Direito e Democracia, p. 127)

<sup>139</sup> PEREZ LUÑO. Los Derechos Fundamentales, p. 19-22.

fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.<sup>140</sup> Para o autor, a terminologia mais adequada seria esta última, pois

“além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.<sup>141</sup>

Portanto, a idéia de José Afonso da Silva sobre a nomenclatura se traduz na amplitude.

Afirmar que existem os direitos fundamentais do homem não significa, conforme José Afonso da Silva, uma contraposição entre a esfera pública e privada (como simples limitação daquela), mas “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos que dela dependem”<sup>142</sup> (mais uma vez há de se referir à soberania popular como cerne de todo o desenvolvimento do Estado). E, sendo assim, as normas jurídicas deverão ser feitas pelo povo, com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais, que não poderão ser suprimidos (são indisponíveis).<sup>143</sup>

A confusão semântica é comum. O uso desmedido de expressões ocorre inclusive na própria Constituição Federal, conforme indica Ingo Sarlet.<sup>144</sup> Para esse autor, é normal que se confunda a idéia de direitos fundamentais, de direitos humanos e de direitos naturais ou de direitos do homem. Assim sendo, o termo “direitos fundamentais” é aplicável “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direitos constitucional positivo de determinado Estado”. Já a expressão “direitos humanos” tem “relação com os

<sup>140</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 175.

<sup>141</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 178.

<sup>142</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 178.

<sup>143</sup> Direitos fundamentais, soberania e democracia são, certamente, termos complementares um dos outros. De fato, “les principes de souveraineté et de démocratie se définissent également dans une situation de complémentarité avec les droits fondamentaux. L’un comme l’autre traduisent la place du Peuple dans l’ordre constitutionnel. Fondant et organisant l’expression du Peuple, ils réalisent des droits politiques. Ils sont cependant susceptibles de se heurter au système fondé sur les droits fondamentaux lorsqu’il s’agit de savoir si le respect de ces droits peut limiter l’expression de la volonté populaire dans le cadre étatique”. (MATHIEU, Bertrand. VERPEAUX, Michel. Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, p. 301).

<sup>144</sup> O autor diz que na Constituição Federal há os termos: “direitos humanos (art. 4º, inc. II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI); e direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inc. IV). (SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 33-34).

documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”, ou seja, possuindo “validade universal”. A diferença principal está no fato deste ser mais amplo que aquele. Em tempo, ambos não se confundem, segundo o autor, com a concepção de “direito natural”, pois os direitos humanos já se subentendem positivados (são a positivação dos direitos naturais) na ordem internacional, possuindo um caráter supra-estatal.<sup>145</sup> Em parte, discorda Zippelius, pois, a respeito dos direitos humanos, tem-se que a Declaração dos Direitos do Homem (da ONU, 1948) possui o caráter de simples programa, sem obrigatoriedade jurídica, somente sendo eficazes (com execução coercitiva) em âmbito nacional se positivados pela Constituição.<sup>146</sup>

Para Vieira de Andrade, o termo “direitos fundamentais” pode ser utilizado em qualquer perspectiva, podendo ser visto como direito natural de todos os homens, independente do tempo ou do lugar, que é a perspectiva filosófica ou jusnaturalista; possível se observar sob a perspectiva estadual ou constitucional, que são os direitos em certo tempo e lugar; e, por fim, há a perspectiva universalista ou internacionalista, que é o direito fundamental num determinado tempo e em todos (ou, ao menos, em muitos) os lugares.<sup>147</sup> Transportando tal concepção para a noção da maior parte da doutrina, os primeiros seriam os direitos naturais (presentes sempre e em todos os lugares), os segundos seriam os direitos fundamentais (direitos intra-estado), e os direitos humanos (reconhecidos como supra-estatais).<sup>148</sup>

<sup>145</sup> SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 36. Na mesma linha: PEREZ LUÑO. Los derechos fundamentales, p. 44-47.

<sup>146</sup> ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 433. Conforme o mesmo autor, sobre a validade pré-estatal dos direitos: “sem dúvida, podem ser ‘pré-estatais’ a força de obrigatoriedade moral e a validade ético-social de uma norma, mas não a validade (eficácia) como direito garantido. Esta forma de validade pressupõe um mecanismo operacional de tutela jurídica que garanta a execução coercitiva da norma. A validade jurídica é, pois, neste sentido, condicionada pelo Estado”. (p. 437). Em igual vertente: ALEXY. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, p. 57.

<sup>147</sup> VIEIRA DE ANDRADE. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 15. O autor afirma que os direitos naturais só podem ser reivindicados para um núcleo limitado de direitos, mais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana – vida, integridade pessoal, liberdade, sendo os primeiros a serem reconhecidos. Já os direitos fundamentais constitucionais (de cada Estado) são mais amplos, protegendo mais e com um conteúdo mais vasto, melhor explicitando os direitos das pessoas. Deve-se ressaltar que a interligação entre ambos é existente, não podendo o direito fundamental constitucional contrastar com os direitos naturais (e também com os direitos humanos, numa escala internacional) (p. 37 e seguintes).

<sup>148</sup> VIEIRA DE ANDRADE. Os direitos fundamentais, p. 15 seguintes.

Sobre os direitos humanos, entende-se que são já reconhecidos, porém em âmbito internacional, ou melhor, supra-estatal. De certa forma, são não somente reconhecidos, mas também positivados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Já o jusnaturalismo, ou direito natural, é considerado uma concepção filosófica dos direitos intrínsecos ao homem, presentes em todo lugar e tempo, tendo relação óbvia com a concepção dos direitos humanos e fundamentais. A proximidade entre estes dois últimos, inclusive, cada vez será maior, tendo em vista a diminuição da reconfiguração das fronteiras estatais. Quando ocorre a inflação das fronteiras, os direitos fundamentais de cada Estado acabarão por se confundir com os direitos humanos, conforme ensina Rui Cunha Martins.<sup>149</sup>

Neste trabalho, para evitar confusões terminológicas, utilizar-se-á o termo “direitos fundamentais” como aqueles presentes nas Constituições, enquanto os direitos humanos como direitos supra-estatais, anteriores aos direitos fundamentais e reconhecidos pela ordem internacional.<sup>150</sup> Mais adiante, quando o trabalho abordar os direitos fundamentais, referir-se-á ao direito protegido constitucionalmente pelo Estado.

### **3.1 – Os interesses e a aparição dos direitos**

É da natureza humana a existência de interesses. Cada indivíduo possui diversos deles, desde os mais egoístas até os mais altruístas, podendo ser legítimos tanto um quanto outro, tendo diversas conotações e configurações. O interesse que pode ser observado individualmente pode também ser abordado coletivamente, ou seja, conjuntos de interesses – interesses coletivos<sup>151</sup> – que não são necessariamente o somatório de interesses individuais compondo um interesse único ou plural (podem ser vários interesses públicos). Enquanto aqueles são chamados de interesses privados, estes são chamados interesses públicos.

A conotação de interesse mais comum é a econômica, que é inerente ao substantivo interesse, existindo, no campo da economia, uma separação entre o

---

<sup>149</sup> Em aula proferida entre os dias 7 e 9 de maio de 2007 na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>150</sup> Nesse sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, p. 232; diverge dessa classificação: VIEIRA DE ANDRADE. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 19.

<sup>151</sup> JUSTEN FILHO. Curso de Direito Administrativo, p. 45.

interesse público e privado. Do interesse privado estaria, pois, o consumidor, enquanto que a eficiência do sistema econômico seria de interesse público.<sup>152</sup>

É recorrente a citação do termo “interesse” como o interesse em se proteger os direitos fundamentais, ou o Estado de Direito, ou a coletividade. Contudo, utiliza-o comumente com impropriedade semântica. Interesses, pois, são bastante confundidos com direitos. A discussão sobre o que é interesse e qual é a importância do termo para o Direito – se existe – não foi suficientemente explorada, sendo comum a confusão entre interesses e direitos, os quais não podem ser ponderados entre si, já que se tratam de categorias diversas.

É importante fazer um contraponto entre interesses públicos e direitos fundamentais, pois não é raro a doutrina defender a supremacia do interesse público sobre interesses particulares, muitas vezes afastando os direitos fundamentais em nome da proteção que qualquer bem e interesse coletivo.<sup>153</sup>

Pergunta-se: o interesse é um termo jurídico, ou, ao menos, tem alguma relevância jurídica? O indivíduo o possui; a coletividade, igualmente. Interesse, assim, é um termo onipresente, estando diretamente relacionado ao direito subjetivo<sup>154</sup>. Como François Ost enuncia em sua obra, o interesse estaria num território entre o direito e o não-direito<sup>155</sup>, ou seja, num local que não necessariamente possui uma relevância jurídica. Todas as pessoas possuem interesses, enquanto a coletividade, tida como um único ente, também tem os seus, mas nem sempre eles resultam direitos. Contudo, todos os membros da sociedade têm direitos subjetivos. Onde existe o direito subjetivo, há, contudo, interesses, pretensões. Outrossim, a recíproca não procede.

Tendo conhecimento que os conceitos de direito subjetivo e de interesses não se opõem de forma radical e nem se assimilam totalmente, é necessário marcar uma linha contínua que determine as diferenças entre ambos, evitando marcos divisórios. Nesse sentido, François Ost coloca os interesses ilícitos numa extremidade e na outra os direitos subjetivos – os quais seriam interesses consagrados. Entre as pontas estariam os interesses puros e simples, indiferentes

<sup>152</sup> NIEMEYER. O interesse público e o interesse privado, p. 13-14.

<sup>153</sup> É mister ressaltar que nem todo interesse privado possui relação com direitos fundamentais, e nem todo direito fundamental possui relação com interesse privado. Para tanto, ver SARMENTO. Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p. 109.

<sup>154</sup> OST. Droit et intérêt: Entre droit et non-droit: l'intérêt. p. 10

<sup>155</sup> OST. Droit et intérêt: Entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 9.

juridicamente, e os interesses legítimos, que são reconhecidos pelo Direito mas não são elevados à categoria de direitos.<sup>156</sup>

Confirma-se, com esta distinção do autor, quanto aos interesses juridicamente protegidos, que não haverá interesses que possuam relevância jurídica antes da existência dos interesses consagrados, ou direitos subjetivos<sup>157</sup>. Interesses existem, porém sem possuírem importância imediata para o direito<sup>158</sup>, e somente com o surgimento dos direitos é que interesses jurídicos poderão existir.

Esse entendimento não é pacífico. Conforme Goffredo Telles Junior, direitos subjetivos somente nascem de direitos objetivos, jamais de interesses. Para o autor, “o interesse, considerado como *aquilo que interessa (...)*, não é o que constitui o Direito Subjetivo”, mas “a permissão dada por meio do Direito Objetivo”. Somente por essa “permissão” é que se constituem os direitos subjetivos. Contrária à idéia exposta acima, diferencia mais ainda os direitos subjetivos dos interesses, não permitindo sequer um ponto de interseção.<sup>159</sup>

Com o devido respeito, não se compartilha dessa compreensão. Direitos subjetivos, em especial no caso dos direitos intrínsecos ao homem, numa tendência jusnaturalista, preexistem ao direito objetivo, servindo de parâmetro para a determinação dos direitos positivados.<sup>160</sup>

Após a elaboração normativa – positivação –, os interesses tornam-se jurídicos e têm, afinal, importância para o direito – “é de interesse privado e público

<sup>156</sup> OST. Droit et intérêt: Entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 35-36.

<sup>157</sup> OST. Droit et intérêt: Entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 41.

<sup>158</sup> Quanto aos atos e fatos é de se afirmar que, analogicamente, somente serão jurídicos quando houver regulação pelo direito.

<sup>159</sup> TELLES JUNIOR. Iniciação na Ciência do Direito, p. 264. Nessa discussão, Canotilho, por exemplo, enumera duas concepções que influenciaram as teorias políticas: a primeira, como limitação recíproca das liberdades (um indivíduo pode fazer tudo que não interfira na esfera do outro); e a segunda, positivista (ou, ao menos, uma semente positivista), que considera os direitos naturais não como um dado, mas como uma *constructa* social. (CANOTILHO. Estudos sobre os direitos fundamentais, p. 17-18). Questiona-se se os direitos subjetivos não surgem espontaneamente, mas apenas em decorrência de normas jurídicas – direito objetivo – que assim os configuram. Portanto, direitos subjetivos não seriam independentes dos direitos objetivos, pois decorrem destes. Não haveria, portanto, a autonomia dos direitos subjetivos quanto às normas, além do mais porque eles somente existem e apenas terão imperatividade se objetivamente previstos – se positivados, portanto. Nesse entendimento, os interesses não podem resultar direitos sem que antes surjam as normas jurídicas.

<sup>160</sup> Os direitos fundamentais “son derechos humanos positivizados, esto es, concretados y protegidos especialmente por normas del mayor rango. La positivación tiene tal transcendencia que modifica el carácter de los derechos humanos prepositivos, puesto que permite la transmutación de criterios morales en auténticos derechos subjetivos dotados de mayor protección que los derechos subjetivos ‘no fundamentales’”. (ROBLES. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedade actual. Madrid: Cuadernos Cívitas, p. 20, 1995.

a proteção, pelo direito objetivo, dos direitos fundamentais”, por exemplo. Algumas normas protegerão os interesses públicos, outras, privados, e outras, ambos. Daí já é possível vislumbrar para qual conclusão se chegará: a busca pelo equilíbrio entre interesses públicos e privados.

Nesta linha, para Ihering, os direitos são interesses juridicamente protegidos que, segundo o autor, não têm apenas uma conotação material, mas também moral, como a personalidade, a liberdade, a honra, os laços de família. Interesse e Direito se entrelaçam, sendo que este, para o autor, não seria outra coisa que o interesse que se protege a si mesmo.<sup>161</sup> De qualquer forma, fica patente a diferença entre Direito e interesses, mesmo que, pela noção do autor, seja difícil definir uma fronteira clara entre os dois.

A análise do ordenamento pátrio auxilia a compreensão, pois há no art. 5º da Constituição Federal os direitos e garantias fundamentais (como o próprio capítulo da Carta foi nomeado). Contudo, o interesse não faz parte dessas categorias, pois não se encontra “interesse fundamental”. Interesse só se manifesta se transformado em norma jurídica, tal como um princípio ou uma regra; não poderá ser ponderado com direitos, pois sequer está prevista essa hipótese na Carta. Em tempo, o termo pode ser visto com um viés utilitarista, egoísta, mas não necessariamente um termo jurídico.<sup>162</sup>

Um direito fundamental, se contemplado por princípio, não poderá ser ponderado com um interesse não positivado, seja público ou privado, mas apenas com outro princípio constitucional. E, se representado por regra, jamais poderá ser afastado, nem devido ao interesse público ou ponderado com outro princípio ou direito fundamental, justamente pelo fato de somente poder ser cumprido na exata medida que prescreve o mandamento, como será abordado oportunamente.

Pode-se concluir que: direitos do Homem (com viés jusnaturalista), sendo *a priori*, direitos subjetivos, precedem o direito positivo estatal, sendo de interesse de todos a positivação, com o intuito de se assegurar a eficácia; esse interesse – que pode de ser público ou privado – não possui relevância jurídica, mas serve como uma ponte entre o direito subjetivo e o objetivo, somando-se à norma, haja vista ser de interesse de todos que os direitos fundamentais sejam

---

<sup>161</sup> OST. Droit et intérêt: Entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 25-26.

<sup>162</sup> OST. Droit et intérêt: Entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 16.



assegurados; uma vez representados por normas, os interesses e os direitos subjetivos tornam-se “juridicamente protegidos”, e são considerados direito positivo; interesses que fogem dessa configuração não poderão colidir com as normas de direitos, já que são de categorias diversas. Por final, os direitos previstos no Texto constitucional não poderão jamais ser afastados por nenhum interesse (no seu sentido vulgar).<sup>163</sup>

Tendo sido observada a diferenciação entre direitos e interesses, passa-se ao estudo dos direitos fundamentais propriamente ditos.

### 3.2 – O que são os direitos fundamentais?

Os direitos fundamentais são direitos.<sup>164</sup> E para entender melhor o que são eles é importante o conceito de “direito a algo”<sup>165</sup>, no sentido da relação entre um titular do direito e o destinatário. Ter um direito, conforme Pietro Costa, significa pretender legitimamente algo de alguém, impor uma obrigação e dispor de força de terceiro que constrange o obrigado a um comportamento.<sup>166</sup> No entanto, é de se considerar que direitos fundamentais têm uma qualidade a mais, alguma coisa que o deixa especial, que o retira do ambiente “vulgar”, comum, e dá o caráter de “fundamentalidade”.

Segundo Alexy, haveria três possíveis concepções de direito fundamental, de acordo com a sua natureza: o conceito formal, o conceito material e o conceito procedimental. Com relação ao conceito formal, entende o autor ser o conceito mais simples, pois seriam direitos fundamentais aqueles que constam expressamente na Constituição. A desvantagem seria o fato de existirem direitos que, apesar de estabelecidos pela Constituição, não estão expressos neste catálogo de direitos.

<sup>163</sup> Adiante procurar-se-á demonstrar que interesses e direitos não pertencem à mesma categoria, o que impede qualquer ponderação entre os dois. (Ver ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 179 e ss.)

<sup>164</sup> ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 19.

<sup>165</sup> Alexy representa como RabG, sendo “a”o titular, “b”o destinatário, “G”o objeto de direito. O direito é representado por “R” (ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 19).

<sup>166</sup> “Tener un derecho, pretender legitimamente algo de alguien, no es una aspiración ‘interior’ e ineficaz: genera comportamientos, produce acciones y reacciones. Tener un derecho significa imponer una obligación y disponer de la fuerza de un tercero (el árbitro, el juez, la comunidad, el poder político) que constriñe el obligado a un comportamiento conforme a mi pretensión.” (COSTA. Derechos, p. 45).

Não obstante, é importante a existência de um conceito material de direitos fundamentais. Para Alexy, a melhor definição encontra-se em Carl Schmitt<sup>167</sup>, segundo o qual são direitos fundamentais em sentido próprio somente os direitos humanos liberais do indivíduo. A crítica de Alexy diz respeito à exclusão do rol de direitos fundamentais os direitos de ação positiva do Estado (direitos sociais). No entanto, destaca duas qualidades desse entendimento: que os direitos fundamentais são essencialmente direitos do indivíduo; que esta compreensão de Schmitt reconstrói a relação necessária entre direitos fundamentais e direitos humanos, reconhecendo, inclusive, a precedência e a sobrevalência deste perante o direito positivo.<sup>168</sup>

Como alternativa às duas concepções precedentes, Alexy traz uma idéia na qual os direitos fundamentais estariam nas mãos do processo democrático. É, assim, chamada de concepção procedimental. A relação entre direito e democracia poderá se dar de duas formas: através da garantia das liberdades políticas protegidas pelos direitos fundamentais – asseguradas as condições de funcionamento do processo democrático; através da limitação do mesmo processo democrático, com o intuito de determinar as fronteiras de atuação legislativa dos legisladores, que deverão respeitar os direitos fundamentais. É o consenso procedimental.

A relação dos direitos fundamentais com a democracia possui guarida unânime na doutrina. De acordo com Canotilho, “os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio da democracia”<sup>169</sup>, e garantem a

---

<sup>167</sup> Teoría de la Constitución; ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 24.

<sup>168</sup> ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p., 25-26. Conforme a Constituição alemã, art. 1º: “O povo alemão reconhece que os direitos humanos invioláveis e inalienáveis são fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça do mundo”. O autor afirma que o maior problema da previsão dos “direitos humanos” é que ele consiste em um termo indeterminado.

<sup>169</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p 280. Segundo o autor, “os direitos fundamentais têm uma função democrática dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos (arts. 48º e 109º) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2º).” (p. 280). A concretização de tais direitos, como o direito de participação e associação, permitem que todos sejam participantes e, então, garante-se a democracia.

participação de todos nas decisões estatais, concretizando a democracia e proporcionando a proteção das minorias.

Por tais direitos compreendem-se todos aqueles necessários à pessoa humana para uma vida digna perante outros e perante o Estado e que garanta a sua participação política de forma democrática. Como visto, inicialmente a função dos direitos fundamentais era unicamente impedir que o Estado se infiltrasse na esfera dos particulares a ponto de prejudicá-los. Mas, na contemporaneidade, passou-se a vê-los como normas de atuação concreta estatal. A saída do modelo liberal permitiu que o Estado se aproximasse dos membros para garantir que as normas da Constituição contemporânea fosse realmente efetiva. Historicamente, o rol desses direitos aumentou conforme se constatasse a necessidade de proteção. Desde a Declaração de Virgínia, de 1787, o conjunto diversificou-se bastante a ponto de muitos setores sociais já possuírem seus direitos invioláveis.<sup>170</sup>

Tidos como possuidores de duplo caráter está a concepção de Konrad Hesse, cuja compreensão se resume da seguinte forma: são, por um lado, direitos subjetivos – “direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (...), mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito da vida” – por outro, são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade, que não garantem *a priori* direitos individuais, mas também estão no catálogo de direitos fundamentais da Constituição. O autor prossegue afirmando que nenhuma ordem estatal pode pretender legitimidade sem incorporar em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão.<sup>171</sup>

Nino apresenta sua classificação de direitos individuais, os quais são reconhecidos pelo processo democrático. Haveria os direitos legais (reconhecidos pelo sistema jurídico); direitos-autorizações (normas permissivas); direitos-

<sup>170</sup> Na Constituição Federal, encontram-se direitos não apenas no art. 5º, mas também em outras partes da Carta. Por exemplo, tem-se os direitos sociais – direitos à saúde, à previdência.

<sup>171</sup> HESSE. Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha, p. 228-232. De acordo com o autor, devido ao caráter duplo, “os direitos fundamentais produzem efeito fundamentador de *status*: como direitos subjetivos, eles determinam e asseguram a situação jurídica do particular em seus fundamentos; como elementos fundamentais (objetivos) da ordem democrática e estatal-jurídica, eles o inserem nessa ordem que, por sua vez, pode ganhar realidade primeiro pela atualização daqueles direitos subjetivos. O *status jurídico-constitucional do particular*, fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental, é um *status* jurídico material, isto é, um *status* de conteúdo concretamente determinado que, nem para o particular, nem para os poderes estatais, está ilimitadamente disponível”. (p. 230).

privilégios (correlatos de obrigações ativas ou passivas de outras pessoas); direitos-ações (ação perante a algum órgão para o cumprimento das obrigações correlatas); direitos-competências (determinam as competências para emitir normas); direitos-imunidades (se relacionam com a falta de competência de outros para alterar a situação jurídica do titular do direito).<sup>172</sup>

Voltando-se para a doutrina pátria, José Afonso da Silva entende que os direitos fundamentais são um conjunto de direitos, sendo que engloba várias categorias de direitos diferentes presentes no direito positivo constitucional. Dessa forma, direito fundamental é gênero, que engloba diversas espécies de direitos, como os direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (art. 14 a 17), direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes), direitos coletivos (art. 5º), direitos solidários (art. 3º e 225).<sup>173</sup>

Pontes de Miranda, mais restritivo, afirma que direitos fundamentais são diferentes dos demais direitos e o simples fato de direitos “comuns” estarem na Constituição não os transforma em fundamentais, ao contrário do que muitas Cartas o fazem.<sup>174</sup> Isso complementa o entendimento de Ingo Sarlet, quando defende a não-vulgarização, que consiste no alargamento do conceito de direitos fundamentais.

O autor separa os direitos fundamentais em absolutos e relativos. A liberdade pessoal, a inviolabilidade de domicílio e a inviolabilidade de correspondência são absolutos, ao contrário dos direitos de contrato, de comércio e de indústria, e o direito de propriedade, que são relativos. A diferença estaria no fato destes valerem conforme a lei, enquanto aqueles a lei somente pode regular as exceções.<sup>175</sup> O problema dessa partição é que abre-se excessivamente o leque de direitos fundamentais, permitindo-se, inclusive, que a lei possa regulamentar o alcance do direito fundamental relativo, o que não é possível. Neste entender, é de se concluir que não é viável essa classificação, pois direitos são ou não fundamentais, e não fundamentais absoluta ou relativamente. Além disso, o jurista separa em direitos fundamentais supra estatais e estatais, indicando que aqueles

---

<sup>172</sup> NINO. La Constitución de la Democracia Deliberativa, p. 71-72.

<sup>173</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 182-184.

<sup>174</sup> PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946, p. 237.

<sup>175</sup> PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946, p. 237.

são anteriores ao Estado, como a Declaração dos direitos do homem, os direitos humanos e naturais.<sup>176</sup>

Há aqueles que defendem a não existência de hierarquia entre normas constitucionais, entendendo pela unidade constitucional – princípio da unidade da Constituição.<sup>177</sup> Concorde-se com esse pensamento, pois não é possível determinar uma prevalência formal de um princípio sobre outros princípios que estão no diploma constitucional, ou de um direito sobre outros direitos, ou de uma regra sobre outras regras. Esse entendimento que será bastante defendido no texto deste trabalho, ou seja, a inexistência de uma supremacia entre normas constitucionais, decorrente do princípio da unidade da Carta fundamental.<sup>178</sup>

### 3.3 – A função dos direitos fundamentais

Arraigados que estão na cultura jurídica das nações, os direitos fundamentais agregaram funções diferentes e não menos importantes desde que passaram a ser idealizados e previstos pelas Constituições dos Estados. Basicamente, a “função principal dos direitos fundamentais consiste em proteger um

---

<sup>176</sup> PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946, p. 241 e seguintes. O autor enumera alguns direitos supraestatais: liberdade de consciência, inviolabilidade de domicílio, segredo de correspondência, entre outros.

<sup>177</sup> Tal princípio “evidencia sua importância como princípio interpretativo a partir do instante em que se considera a Constituição como um sistema unitário de normas e procedimentos. Deve o intérprete harmonizar os espaços de tensão entre as normas de natureza constitucional” (CLÉVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, p. 236).

<sup>178</sup> Sobre o princípio da unidade da Constituição: “a despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território (...). O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior”. Prossegue o autor: “a grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexiste hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originalmente com a Constituição” (BARROSO. Interpretação e aplicação da Constituição, p. 181-197). Por fim, Barroso pondera que o que ocorre é o destaque de algumas normas (não hierarquia) que foram expressamente prestigiadas, como os direitos fundamentais, que são cláusulas pétreas. Sobre o tema, ver: CASTRO. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais, p. 73;; CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1140; BASTOS; MARTINS. Comentários à Constituição brasileira, p. 348.

espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária”.<sup>179</sup>

Conforme Perez Luño, destacando a posição de Jellinek, dividiu-se as fases dos direitos públicos subjetivos: *status subiectionis*, que determina uma situação passiva dos destinatários da norma emanada pelo poder político; *status libertatis*, que garante a não intromissão do Estado na esfera do particular (liberdade individual negativa); *status civitatis*, que permite que o particular reclame um comportamento positivo do poder público quanto aos direitos civis e a possibilidade de exercitar pretensões contra o Estado; *status activae civitatis*, que outorga ao cidadão direitos políticos, de participação. São primordialmente, para o autor, instrumentos de defesa de direitos individuais.<sup>180</sup>

É possível afirmar, resumidamente, que existem quatro funções primordiais dos direitos fundamentais, quais seriam: limitar a atuação do Estado para com os particulares (função negativa); limitar a atuação entre particulares (função negativa); proporcionar bem-estar aos particulares por atos estatais que tragam efetividade aos direitos (função positiva); garantir a participação democrática (função positiva).<sup>181</sup>

<sup>179</sup> ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 419. É importante diferenciar os direitos das garantias fundamentais, que, apesar de protegidos, são diversos. Direitos e garantias não são equivalentes. Conforme Canotilho, as garantias teriam um caráter instrumental com função de proteção de direitos, apesar de também possuírem essa face – de direitos.<sup>179</sup> Para Alexandre de Moraes, os direitos possuem conteúdo meramente declaratório, e as garantias, assecutorio, tal qual um instrumento de limitação do poder.<sup>179</sup> Em tempo, Bonavides entende que as garantias são meios de defesa, não podendo ser confundido com os direitos (BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 528) Difícil, no texto constitucional, determinar o que é direito e o que é garantia, especialmente porque a Constituição os mistura num mesmo artigo (art. 5º) e não estabelece uma distinção clara. Outrossim, com base na doutrina, pode-se afirmar que as garantias fundamentais são os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais (como o mandado de segurança ou o *habeas corpus*). Pontes de Miranda admite a faculdade dos Estados diminuírem o alcance delas, caso a própria Carta permita. (PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946, p. 243). Essa questão será reavivada mais adiante.

<sup>180</sup> PEREZ LUÑO. Los derechos fundamentales, p. 24.

<sup>181</sup> "Son así muchos derechos constitucionales que tienen una eficacia directa ante terceros, de tal forma que no pueden ser vulnerados por lo particulares ya que el poder público les presta su protección contra cualquier lesión proceda de donde proceda" (CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. La interpretación de la constitucion por la jurisdiccion ordinaria).

"Uno de los resultados más importantes de la discusión sobre los derechos fundamentales desde la mitad del siglo XX es la ampliación de las funciones de los derechos fundamentales, más allá de la tradicional función de derechos de defensa. Hoy día existe un amplio consenso acerca de que los derechos fundamentales también atribuyen al ciudadano un derecho contra el Estado para obtener de él protección contra intervenciones o ataques provenientes de otros ciudadanos, y de que los derechos fundamentales también son derechos a que se implemente la organización y los procedimientos necesarios y adecuados para el disfrute de los derechos fundamentales. (ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 36).

Até o período que precedeu o Estado Constitucional, segundo Nino, só existia a função negativa dos direitos fundamentais, que protege o *status libertatis* do cidadão. Somente com a necessidade de efetivá-los foi que a função positiva surgiu.<sup>182</sup> Para o trabalho, interessará, a despeito das recentes discussões sobre a concretização dos direitos fundamentais, a abordagem da importância negativa dos direitos fundamentais, com ênfase na esfera de liberdade do membro da sociedade.

A liberdade pode ser vista em ângulos diversos: positivo e negativo. Deste lado, o sujeito tem o direito de agir sem ser impedido e de não agir sendo obrigado ou constrangido por outros, conforme Norberto Bobbio<sup>183</sup>. Já no outro lado, o sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de uma decisão, sem ser compelido por vontades alheias – seria definido como autonomia do sujeito ou autonomia da vontade.<sup>184</sup>

O caráter negativo dos direitos fundamentais, afinal, é obrigar o Estado a se abster de invadir a esfera privada das pessoas e permitir a liberdade, em amplo sentido, dos membros da sociedade. O que ocorre, pois, é que, com esses direitos, o povo possa determinar livremente o seu destino, permitindo a participação política e, em decorrência da auto-regulação, possa garantir direitos.

Conforme Häberle,

“no ordenamento jurídico-constitucional da Lei Fundamental, os direitos fundamentais têm um duplo significado: eles mesmos são ‘valores supremos’, e possibilitam ao homem procurar e atualizar valores, ao tempo em

<sup>182</sup> Apesar dos direitos fundamentais possuírem no Estado Constitucional uma face positiva, este estudo se concentrará na função negativa, ou seja, os direitos que impeçam que o Estado possa agir invadindo o território dos direitos fundamentais dos membros da sociedade. Conforme Perez Luño, “en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamental desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados” (PEREZ LUÑO. Los derechos fundamentales, p. 25).

<sup>183</sup> Igualdade e liberdade, p. 48-50. Cita, ainda, o autor, Locke: “(...) a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste (...) na liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por essa regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de um outro homem (Segundo tratado sobre governo civil, IV, 22). A formulação clássica dessa acepção de liberdade foi dada por Montesquieu: A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem (De l’esprit des lois, XI, 2 [ou p. 186, na bibliografia utilizada neste trabalho])”.

<sup>184</sup> BOBBIO. Igualdade e liberdade, p. 51-52. O autor traz a definição clássica da liberdade positiva, por Rousseau: “a liberdade no estado civil consiste no fato de o homem, enquanto parte do todo social, como membro do *eu comum*, não obedecer a outro e sim a si mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele mesmo se deu: A obediência às leis que prescrevemos para nós é a liberdade”.

que garantem o *status libertatis*. Os direitos fundamentais são, por um lado, expressão de um ordenamento de liberdade já realizado e, simultaneamente, são pressupostos para que esse ordenamento se constitua de novo através da atualização da liberdade de todos”.<sup>185</sup>

Destaca o autor a função social dos direitos fundamentais, que abandona a visão unilateral da liberdade como direito individual e, sobretudo, de uma concepção liberal e individualista dos direitos fundamentais.<sup>186</sup>

A função dos direitos fundamentais não apenas se reserva à proteção dos membros da sociedade contra as incursões do Estado no terreno dos particulares, mas tem como objetivo proteger as minorias para que possam fazer valer os seus direitos, além de permitir que elas possam continuar participando das decisões. Com a segurança proporcionada pelos direitos fundamentais, a minoria pode tornar-se maioria.<sup>187</sup> Não é essa função um desrespeito ao princípio da maioria, ou da democracia, mas, sobretudo, é uma garantia que a democracia continue vigendo. Isso porque, como visto acima, é preciso que a democracia possua uma face procedimental, ou seja, que no momento da escolha das normas todos tenham direito à participação.<sup>188</sup>

Na hipótese da maioria decidir por subjugar a minoria, ela não o poderá fazer, já que feriria os direitos fundamentais. Somente com a liberdade de pensamento, de opinião, de poder político, é que a democracia será bem exercida, permitindo que o governo funcione adequadamente. Todos os cidadãos, portanto, deverão ser politicamente ativos (a oposição e o debate fazem parte da democracia).<sup>189</sup>

<sup>185</sup> HÄBERLE. La garantía del contenido esencial dos derechos fundamentales, p. 7.

<sup>186</sup> HÄBERLE. La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional, p. 36.

<sup>187</sup> “Si no se garantizan los derechos fundamentales, la minoría no tiene ninguna posibilidad de convertirse en mayoría. Ello es, precisamente, con todo, un rasgo esencial de la democracia” (Häberle. La garantía del contenido esencial dos derechos fundamentales, p. 20)

<sup>188</sup> Alexy, nesse sentido, destoa um pouco da opinião tradicional e cita que os direitos fundamentais têm uma dupla característica: são democráticos e ademocráticos. “Direitos fundamentais são democráticos (...) porque eles (...) asseguram o desenvolvimento e existência de pesias que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa (...), assim como o direito eleitoral (...) asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação também do legislador eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos Estados este jogo deve ser observado: a oposição perde primeiro no processo democrático e ganha, então, diante do tribunal constitucional” (ALEXY. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, p. 65).

<sup>189</sup> Häberle. La garantía del contenido esencial dos derechos fundamentales, p. 21.



A maioria, mesmo que seja de seu interesse, jamais poderá eliminar os direitos de quem não concorde com ela. Portanto, os direitos fundamentais garantem a democracia, a participação no discurso, inserindo o indivíduo no Estado e na comunidade.<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup> Häberle. La garantía del contenido esencial dos direitos fundamentais, p. 21.

## **Parte 2 – As normas de direitos fundamentais: limites à restrição.**

Com o estudo do desenvolvimento do Estado e a proteção dos direitos fundamentais, essa segunda parte iniciar-se-á pelo estudo da norma jurídica. Sendo os direitos fundamentais normas de Direito – entendidas como princípios ou regras – comportam-se como tais no caso de restrições e ponderações.

Sendo assim, deve-se verificar como é o regime geral das normas-regra e normas-princípio (que poderão ser nominadas simplesmente de regras e princípios) e suas colisões para logo após passar para a abordagem aplicada aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, às possíveis restrições com base especialmente na distinção entre norma-regra e norma-princípio.

### **Capítulo 1 – A norma jusfundamental: um conjunto de regras e princípios**

É comum a divergência semântica sobre a utilização dos termos “normas, regras e princípios”. Para alguns, normas e regras são quase sinônimos.<sup>191</sup> Apesar de algumas divergências doutrinárias, a classificação que se adota vem de Alexy, cujo entendimento é que as regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica.<sup>192</sup>

A imprecisão na utilização dos termos princípio, regra e norma é recorrente. Não apenas quanto à conceituação, mas há divergências quanto ao conteúdo de um princípio – quando, por exemplo, interpreta-se os princípios do art. 37 da Constituição Federal (são regras ou princípios?; se princípios, são entendidos como mandamentos de otimização, disposições nucleares, norma jurídica?). Quanto à finalidade, o se entende é que os princípios podem ser normas auto-aplicáveis e ao mesmo tempo têm a função de otimizar a aplicação da lei, suprimindo lacunas ou auxiliando sua interpretação.<sup>193</sup>

<sup>191</sup> A distinção entre normas, regras e princípios é abordada na obra de Sérgio Sêrvulo da Cunha, apesar deste autor tratar “regra” como “norma”, divergindo da noção de Alexy e Dworkin. Na nota 82, Sérgio Cunha demonstra tal diferença. (CUNHA. Princípios Constitucionais, p. 54)

<sup>192</sup> A idealização da separação entre regras e princípios já vem de meados do século XX. A concepção de norma jurídica tornou-se mais detalhada por volta da década de 50, quando, na Alemanha, foi estudada por Josef Esser. O autor concebeu as diferenças entre regras e princípios, como o fez mais tarde Ronald Dworkin, em seu primeiro artigo (em 1967, “*The model of the rules*”), convertendo-se numa crítica ao estudo positivista de Hart. (ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 93.)

<sup>193</sup> “Muitas vezes utilizam-se indiferentemente os termos ‘princípio’ e ‘regra’ (...). Vimos acima que muitos continuam a utilizar o termo ‘regra’ como sinônimo de ‘norma’, e que inexistente consenso quanto

São inúmeras as acepções do termo princípio, o que pode acarretar uma inadequação sintática e semântica, como afirma Humberto Ávila. Sintática porque se utilizam termos iguais para explicar fenômenos desiguais, enquanto que semântica porque a interpretação do Direito passa a explicar até aquilo que não tem qualquer referibilidade indireta ao objeto descrito. O autor traz alguns sentidos de princípio bastante utilizados: princípios como axioma (é uma verdade aceita por todos, que não é preciso nem necessário prová-la), como postulado (que, segundo Kant, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto – o objeto não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no processo de conhecimento), e como norma (“é um conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite”). O autor acaba tendendo a considerar o princípio jurídico como norma (norma-princípio), tendo, portanto, o caráter prescritivo.<sup>194</sup>

Conforme Sérgio Sérulo da Cunha<sup>195</sup>, “princípio” não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que deve e merece estar em primeiro lugar, sendo, primariamente, *deontológico* (*ontológico* e *lógico* de maneira derivada).<sup>196</sup> Dessa perspectiva *deontológica*, nada impede que os princípios seja expressos como normas, que, segundo o autor, não é difícil de acontecer num ordenamento jurídico. Os princípios, inclusive, poderão ser aplicados independentemente da existência de normas jurídicas positivas.

Princípio pode ser compreendido, portanto, como norma que possui conteúdo jurídico, cujo teor poderá, tal como uma regra, ser prescritivo. Assim como

---

ao seu significado. Optamos, assim, por reservá-lo, segundo indicado por Montesquieu quando definiu ‘lei’, para designar as constâncias inscritas na natureza das coisas (...). A diferença específica entre regra e princípio parece residir em que o princípio é uma prescrição fundamental, cujo âmbito de eficácia é mais extenso que o da regra, uma espécie de guarda-chuva sob o qual se podem abrigar regras e normas”. (CUNHA. Princípios Constitucionais, p. 60).

<sup>194</sup> ÁVILA. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, p. 102-104; Afirma Bonavides que os princípios passam a ser tratados como direito na fase pós-positivista (a superação do positivismo), na mesma linha de Dworkin e Bobbio e de Boulanger, o precursor da normatividade dos princípios. (BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 264-268).

<sup>195</sup> O que é um princípio. *In.*: Cadernos de Soluções Constitucionais (Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas), p. 225.

<sup>196</sup> O autor separa as definições do termo “princípio”. Exemplificando: para ele, é de natureza lógica a definição inspirada por Gilles-Gaston Granger, que compreende o princípio como termo final de toda regressão. Ele define “princípio” como o termo inicial de toda progressão, o ponto de onde se parte. Da mesma forma é a definição de Martin Heidegger, que afirma se para ser verdadeiro um juízo, deverá haver um princípio. Uma definição ontológica é a de Emile Littré, que afirma serem os princípios como todas as causas naturais em razão das quais os corpos de movem, agem, vivem.

em qualquer atuação estatal ele deverá ser usado como parâmetro, ou seja, o princípio poderá guiar a atuação estatal desde o momento em que cria uma regra jurídica até o momento em que a aplica, deve também ter a face de norma prescritiva, aplicável imediatamente, sendo, legitimamente, norma-princípio.

*A priori*, não serão adotadas neste escrito as teorias tradicionais, cujo entendimento sobre princípio é que são “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais”, como a defesa de Celso Antônio Bandeira de Mello, já que a posição exposta acima não condiz com esta. Utilizar-se-á o termo princípio como “mandamento de otimização”, no sentido de norma (norma-princípio) que “guie a argumentação em um determinado sentido”<sup>197</sup>, possuindo, por si só, força normativa, sendo fundamental para a análise posterior da diferença entre princípios e regras.

É claro que, devido à utilização pela doutrina de termos já consagrados para designar normas jurídicas que são identificados como princípios, com intuito de não causar confusão, será mantido a nomenclatura tradicional, como, por exemplo, o princípio da legalidade, da moralidade, que são “mandamentos nucleares”, não princípios como normas jurídicas (Alexy), que poderiam ser aplicadas em diferentes graus, o que é impensável (como pensar que o Estado poderia abrir mão da legalidade ou da moralidade em prol de outro princípio constitucional?).

Conforme Alexy<sup>198</sup>, a base do argumento dos princípios está constituída pela própria distinção entre regras e princípios. O autor diz serem as regras “mandamentos definitivos”<sup>199</sup> e os princípios são “mandamentos de otimização”<sup>200</sup>. Isso porque as regras agem de forma definitiva, ou seja, simplesmente ordenam ou proíbem. Já os princípios são totalmente contrários a essa concepção, dando maior

<sup>197</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito, p. 121.

<sup>198</sup> ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 75. ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, p. 87.

<sup>199</sup> “Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando de cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo” (ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 75)

<sup>200</sup> Os princípios “son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por la reglas, por los principios opuestos” (ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 75). Ainda: ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, p. 86.

liberdade à aplicação, pois podem ser cumpridos em maior ou menor grau<sup>201</sup>, e que a medida do cumprimento depende das possibilidades reais e das jurídicas. São diferentes das regras, portanto, já que estas não poderão ser utilizadas em graus diferentes, mas apenas no grau em que foram criadas.<sup>202</sup>

Como exemplo, se a norma-regra determina que os carros transitem pelo lado direito da pista, somente resultará o cumprimento (trânsito pelo lado direito), ou o não cumprimento (trânsito pelo lado esquerdo). Exceções à aplicação somente se houver outra regra, chamada de “cláusula de exceção”, como seria o caso de uma placa de trânsito que determine que o tráfego será invertido em determinado trecho da rua (“mão-inglesa”).

Já as normas-princípio podem ser aplicados em graus diferentes, como, por exemplo, o princípio da liberdade, que poderá ser tolhido ou diminuído quando for necessário para a preservação de outros bens constitucionais. Contudo, a aplicação dos princípios só pode ser vislumbrada perante o caso concreto, como afirma Zagrebelsky<sup>203</sup>, o que, segundo Kelsen, poderia dar abertura para um decisionismo judicial (ou “discrecionabilidade forte”, para Dworkin<sup>204</sup>), já que são indeterminados. É um risco que surge desse entendimento, mas que deve ser enfrentado.

<sup>201</sup> Sobre o assunto: ÁVILA. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, p. 105.

<sup>202</sup> “Las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. (ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 95). E: ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, p. 88. “A teoria dos princípios pode (...) levar à sério a Constituição sem exigir o impossível” (ALEXY. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático, p. 79); “Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo”. (ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 75) Os princípios “son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por la reglas, por los principios opuestos”. (ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 75).

<sup>203</sup> SANCHÍS. Constitucionalismo y positivismo, p. 31.

<sup>204</sup> A discrecionabilidade do juiz, neste trabalho, é utilizada no sentido forte (de arbitrariedade) (p. 49, Levando os direitos a sério). No direito anglo-saxão, o juiz poderá decidir discrecionariamente dentro dos limites impostos pelas normas jurídicas. Dworkin explica o termo. Para ele, existem duas acepções: no sentido fraco e no sentido forte. Quanto ao sentido fraco, aplica o termo para a capacidade de julgamento, ou para dizer que um determinado funcionário tem o poder da “última palavra”. Já em relação ao sentido forte, utiliza o termo para mostrar que aquele funcionário “não está limitado pelos padrões de autoridade em questão” (p. 52). Neste caso, o funcionário não precisaria recorrer ao padrão de autoridade (poderá, até mesmo, utilizar-se do bom senso ou equidade, o que não descaracteriza o sentido forte).

Os princípios, para Carl Schmitt são “abusivamente designados como normas”. Por esse ponto de vista é muito visível que os princípios são incompatíveis com o juspositivismo puro. O advento do constitucionalismo, portanto, vem alterar este quadro, abrindo possibilidades para a utilização de princípios, porém acarretando problemas inerentes a uma interpretação mais ampla e que permite mais liberdade judicial (o que não significa dizer “decisionismo”).<sup>205</sup>

Para Dworkin,

“a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”<sup>206</sup>.

Além disso, já adentrando na questão de conflitos normativos, para o autor, os princípios

“entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como ‘válido’”<sup>207</sup>.

Habermas afirma que os princípios têm conteúdo deontológico (reconhecidos pelo caráter normativo). Não são valores. Eles servem para cimentar as decisões jurisdicionais. Os princípios, assim, não têm estrutura teleológica, mas deontológica.<sup>208</sup> Mais uma vez, fica evidente a importância que os princípios possuem na hermenêutica jurídica. É de se afirmar que, não somente nas decisões judiciais, mas a todo momento, por ato estatal ou particular, os princípios devem ser observados para consolidar e otimizar uma interpretação da norma. Nesse sentido,

<sup>205</sup> SCHMITT. La defensa de la Constitución, p. 45.

<sup>206</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 39.

<sup>207</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 114.

<sup>208</sup> HABERMAS. Direito e democracia, p. 258.

no Brasil caberá ao juiz a decisão também se utilizando de princípios, quando houver lacuna na lei<sup>209</sup>.

Sobre a possibilidade das normas-princípio possuírem um discurso prescritivo, ensina Guastini que eles também são “dirigidos à orientação do comportamento”, mas não é simples o individualizar com precisão.<sup>210</sup> Para o autor, princípios são normas habitualmente vagas.<sup>211</sup>

São, nada obstante, “indutores” da interpretação das normas [regras], preenchendo um espaço até então vazio. Isso significa, pois, que as normas devem ser elaboradas em conformidade com os princípios, tendo como um dos pressupostos a Justiça. Além disso, outros atos estatais deverão respeitar e concretizar as normas-princípios, já que devem ser considerados normas jurídicas, fazendo-os ser aplicados imediatamente, tal como ocorre com as normas-regras.

Realmente, a classificação da norma jurídica em regra ou princípio é por demais complexa, de acordo com o que se observou. Canotilho, por exemplo, que se baseia fundamentalmente nas teorias de Dworkin e Alexy, alerta para duas questões que devem ser respondidas para que se alcance uma divisão da norma mais clara. Em primeiro lugar, deve-se saber qual é a função dos princípios – têm função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; segundo, saber se entre princípios e regras há um denominador comum, se pertencem à mesma família, ou ambos são qualitativamente diferentes.

Canotilho prossegue explicando que entre os princípios é possível mais uma subdivisão: princípios hermenêuticos (argumentativos, para integração de lacunas – são como os “mandamentos nucleares”) e princípios jurídicos (que é o que importa nessa discussão – são as normas). Sendo assim, estes princípios teriam como função ser verdadeiras normas jurídicas impositivas de “otimização”, compatível com vários graus de aplicação, ao contrário das regras, que são

---

<sup>209</sup> No direito pátrio a determinação decorre da Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. E no Código de Processo Civil, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

<sup>210</sup> GUASTINI. Das fontes às normas, p. 186.

<sup>211</sup> GUASTINI. Das fontes às normas, p. 189.

definitivas e não possuem graus diferentes. Isso evidencia, para Canotilho, a distinção qualitativa entre as duas normas jurídicas.<sup>212</sup>

Na Constituição Federal os princípios estão em evidência<sup>213</sup>, pois se diz que ela é o reflexo do conjunto principiológico do ordenamento jurídico. Destarte, para Sérulo da Cunha, princípios têm como condão a estruturação do sistema. Nessa linha, há os princípios fundantes do sistema, princípios estruturantes, princípios elementares. Quando se fala em sistema, “princípio é enunciado modelar, segundo o qual se produz, organiza e estrutura esse sistema. Tratando-se, por exemplo, de uma instituição, princípio é, antes de tudo, o que se pode designar como sua causa final (...)”.<sup>214</sup>

A distinção entre princípios e regras tornou-se fundamental para o estudo da Teoria do Direito, em especial no estudo dos direitos fundamentais. Assim, surgiu a teoria dos princípios, que postula que os princípios são normas que ordenam que algo se realize em maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>215</sup>

Entende-se que, para poder ser considerada um princípio como norma, é preciso que possa ser compreendido isoladamente, e não apenas na colisão com outro princípio (ou regra), já que ele é uma norma jurídica eficaz. Ou seja, a aplicabilidade de um princípio não deverá depender de outra regra ou princípio para valer, mas ele mesmo poderá valer por si só. É o que pode-se observar quanto ao

<sup>212</sup> "Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos. a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa; c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) *"Proximidade" da idéia de direito*: os *princípios* são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante." (CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1034).

<sup>213</sup> Sérgio Sérulo da Cunha afirma que na Constituição brasileira estão presentes princípios de – os quais nomeia – escalas distintas. Dessa forma, há os princípios fundamentais (art. 1º e 3º), princípios pertinentes a direitos fundamentais (art. 5º), princípios gerais (como princípio da isonomia, art. 5º, caput) e princípios particulares (art. 150, II ou 150, III). (*Princípios Constitucionais*, p. 285)

<sup>214</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo. O que é um princípio?, p. 229.

<sup>215</sup> ALEX. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 95.



princípio do direito à vida.<sup>216</sup> Não se está afirmando que princípios se aplicam abstratamente, pois é preciso que sejam aplicáveis faticamente para que possam ser compreendidos como normas jurídicas.

Uma norma-princípio possui uma descrição abstrata que permite uma concretização em princípio gradual. Somente em conflito de princípios é que um deles poderá ser precedido por outro. Assim, um princípio precedido não deixa de existir, mas será aplicado num grau menor que o princípio precedente.

É preciso esclarecer, assim, qual é a finalidade dos princípios e regras no ordenamento jurídico e porque se dá importância a esse tema atualmente, especialmente em relação aos direitos fundamentais.

### 1.1 – Função dos princípios e das regras

Quanto à função das regras, não muito há de ser dissertado, já que são conceitos provenientes da doutrina positivista. Já se abordou que os mandamentos que trazem as regras devem ser cumpridos exatamente como estão determinados. Contaminado pelo reducionismo, as regras trariam a segurança jurídica necessária ao ordenamento e à sociedade. Apesar da importância das normas-princípio para o bom funcionamento do Direito, não é possível abandonar a ideia das regras.<sup>217</sup>

Nada obstante, um modelo puro de regras, conforme Dworkin<sup>218</sup>, não pode prosperar, porque isso acarretaria decisionismo judicial, além de, conseqüentemente, decisionismo quanto a outros atos estatais. Isso devido às lacunas. Num ordenamento jurídico, lacunas e colisões não são incomuns e fazem parte do ordenamento jurídico. A hermenêutica do Direito tornou-se, no positivismo, essencial para que se alcance o espírito da lei.

A interpretação do Direito é o primeiro passo em que se procura o “espírito da norma”. Caso constatada a existência de lacunas na lei, caberá ao juiz integrá-las de acordo com as normas (outras regras ou princípios) já existentes no

<sup>216</sup> Alexy afirma que um princípio sempre está em colisão com outro e quando um princípio vale mais, outro vale menos. (Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 103)

<sup>217</sup> O tema sobre a indispensabilidade das regras será tratado adiante.

<sup>218</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 23 e seguintes. Critica a teoria de Hart, já que este, positivista, admite o direito livre de princípios – modelo puro de regras.

próprio ordenamento. A ele é vedado a criação de um direito que inove a ordem jurídica, não podendo, jamais, decidir discricionariamente ao criar um direito retroativo, tal como era a defesa dos positivistas, tal como Austin ou Kelsen<sup>219</sup>, que defendia a possibilidade da integração de lacunas através da ampla discricionariedade do juiz.

A escolha das normas é decorrente da soberania do povo e ele que possui o poder político para auto-regulação. Ora, o aplicador da norma não pode substituir essa vontade política, que acarretaria não apenas na falta de legitimidade de sua decisão, mas também incerteza e incoerência perante o ordenamento, elementos garantidos pela integridade.

Um modelo de regras, positivista, fechado, no qual os juízes tenham que decidir conforme a sua discricionariedade (no sentido forte) para suprir lacunas, não tem lugar nos atuais sistemas jurídicos. O que se vê na contemporaneidade é que a segurança jurídica tornou-se ela própria um princípio, sendo que a decisão baseada na discricionariedade forte (de Dworkin) é uma decisão que desrespeita o ordenamento<sup>220</sup>.

Além disso, a única vedação ao poder de auto-regulação é quanto à decisão de restrições à livre participação de todos os membros de uma sociedade no discurso. O juiz, ao proferir uma decisão que substitui essa vontade, estará restringindo a livre manifestação dos membros da sociedade, além, é claro, de desrespeitar o ideal de integridade.

No Direito brasileiro, a fonte determinante é a lei (regra). Os princípios não são fontes, mas formas de integração de lacunas<sup>221</sup>. Pela tese positivista ao juiz cabe o seu entendimento equânime para se chegar a uma decisão correta nos casos difíceis<sup>222</sup>. Contrariamente, os princípios têm sua função de suprir essas

---

<sup>219</sup> Os positivistas reconhecem a existência de lacunas no ordenamento jurídico e indicam a solução: o intérprete, conforme Kelsen, deverá criar o direito para preencher a “moldura” da lei e se alcançar a sentença correta. Para o jurista, juiz e legislador produzem o direito, mas este o faz muito mais livremente. Apesar disso, a atividade do juiz envolve sua vontade, criando uma regra individual para o caso concreto. (KELSEN. Teoria Pura do Direito, p. 469)

<sup>220</sup> “Se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal (right) ou obrigação jurídica – nenhuma prerrogativa – que ele [juiz] deva reconhecer” (Levando os direitos a sério, p. 71).

<sup>221</sup> De acordo com o artigo 126 do Código de Processo Civil.

<sup>222</sup> Conforme Dworkin, “os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação” (DWORKIN, Levando os direitos a sério, p. 50).

lacunas. Pode não ser considerado extremamente justo, mas mais injusto seria a não adoção desse critério de julgamento.<sup>223</sup>

A vedação ao juiz de criar o direito *ex post facto*, que reduz o processo político-democrático de elaboração da norma a sua decisão individual, é uma das teses de Dworkin. Ao juiz caberá a análise do caso baseado em princípios já colocados, para o caso em que encontre lacuna na legislação existente. Sendo assim, não existe a possibilidade do juiz julgar uma demanda discricionariamente, ou seja, decidindo conforme seu próprio entendimento.

Para alcançar seu intento, deverá se utilizar das normas (princípios e regras) para chegar à decisão correta. Essa decisão é a única, segundo o autor. Em caso de conflito entre regras, uma delas deixará de existir no ordenamento (“tudo ou nada”, como diz Dworkin) ou poderá subsistir se houver uma cláusula de exceção, ao contrário do que ocorre com os princípios, cuja forma de solucionar o conflito é por relação de precedência, analisada concretamente.

Já não vige atualmente, portanto, o entendimento de que no positivismo não existem lacunas e, pior, que não se permite preenchê-las de acordo com a vontade do aplicador. Hart<sup>224</sup>, que traz uma visão moderada, afirma que as leis, costumes e precedentes disciplinam a realidade social e não são, pois, meras fontes de inspiração do juiz, que não julga mecanicamente, mas possui uma certa discricionariedade. O juiz, desse ponto de vista, também é um criador jurídico<sup>225</sup>, entendimento considerado não consistente com o princípio da segurança jurídica e da irretroatividade.

---

<sup>223</sup> Dworkin cita o famoso caso Riggs contra Palmer: “um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: ‘é bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino’. Mas o tribunal prosseguiu, observando que ‘todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime’. O assassino não recebeu sua herança”. (DWORKIN, Levando os direitos a sério, p. 37).

<sup>224</sup> SANCHÍS. Constitucionalismo y positivismo, p. 14.

<sup>225</sup> É preciso ter cautela quanto à afirmação de que o juiz é um criador jurídico. Conforme alerta Dworkin, o juiz não pode criar o direito, pois isso é o mesmo que legislar *ex post facto*, como veremos adiante, mas apenas aplica o direito que preexiste.

O Direito, no positivismo, é um sistema pleno<sup>226</sup>, ou, ao menos, colmatável e a aplicação da norma ao caso representa uma tarefa mecânica ou subsuntiva, de maneira que o aplicador pode apresentar-se como um autômato, como um sujeito “neutro”<sup>227</sup>, moral e politicamente irresponsável da decisão que adota.

Com o advento do constitucionalismo, esse quadro científico-positivo foi alterado e a interpretação tornou-se adaptável à diversas situações concretas, sempre buscando a realização dos direitos fundamentais e da democracia. O constitucionalismo, partindo da noção de princípios, realiza uma relação entre o Direito e a moral e entre o direito positivo e o direito natural<sup>228</sup>. De onde só se levava em conta as normas, passa-se a dar importância aos princípios.

## 1.2 – Conflitos entre regras e entre princípios

Para melhor determinar a diferença entre princípios e regras, deve-se investigar como se resolvem situações conflituosas entre os dois tipos de normas. Em relação às regras: segundo Alexy, não é possível que subsistam duas regras conflitantes num mesmo ordenamento jurídico, sendo necessário, neste caso, que uma delas deixe de existir (seja declarada inválida) ou com a introdução de regra de exceção (ou “cláusulas de exceção”). No primeiro caso, se a regra for do mesmo nível – duas leis ordinárias, por exemplo – a mais recente revogará a mais antiga (critério temporal); já quando houver duas regras de níveis diferentes – regra constitucional e lei ordinária – a mais alta continuará vigente (critério da hierarquia); e quando há uma regra geral e outra específica, esta prevalece sobre aquela (critério da especialização).<sup>229</sup>

Quando há duas normas contrárias é possível que se utilize uma delas como exceção à outra, transformando-se em “cláusula de exceção”. Nesse caso, uma norma permite fazer (A) e outra permite fazer (B), sendo (A) e (B) condutas contrárias. (B) poderá ser exceção de (A), como se observa no exemplo: “nenhum

<sup>226</sup> SANCHÍS. Constitucionalismo y positivismo, p. 35.

<sup>227</sup> Importante ressaltar aqui que neutralidade não se confunde com imparcialidade. O juiz não precisa (e não deve) ser neutro, especialmente hoje, quando o Poder Judiciário não pode permanecer alheio às necessidades sociais.

<sup>228</sup> SANCHÍS. Constitucionalismo y positivismo. p. 52 e 55.

<sup>229</sup> BARROSO. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, p. 32.

aluno pode sair da sala antes do sinal sonoro” e “todos os alunos devem sair no sinal sonoro de emergência”. Resolve-se: “nenhum aluno pode sair antes do sinal sonoro, exceto se este sinal for o de emergência”.<sup>230</sup>

Quando dois princípios entram em conflito, ambos ainda podem permanecer no ordenamento<sup>231</sup>, devendo se observar o caso concreto, devendo um princípio ceder ante ao outro. Exclui-se o chamado “tudo ou nada” (como acontece com as regras), pois podem os princípios conflitantes serem, inclusive, aplicados concomitantemente, mas em diferentes graus. Alexy chama os princípios de razão *prima facie*, em oposição às normas, que são razões definitivas (ao menos que haja uma exceção).<sup>232</sup>

O exercício da ponderação é muito mais complexo que a solução do conflito de regras, que, segundo Alexy, é resolvida por meio do critério do peso ou da ponderação. Sanchís entende que a ponderação é a ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos de uma determinada questão ou o equilíbrio entre o peso de duas coisas.<sup>233</sup>

Ponderar, portanto, é buscar a melhor decisão quando na argumentação concorrem razões contrárias e de mesmo valor, que somente têm aplicação na solução do caso concreto<sup>234</sup>. Assim, pelos princípios sempre será possível, em tese, uma decisão judicial fundamentada. É, portanto, a “decisão correta” nos chamados

<sup>230</sup> “As regras jurídicas (...) são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão, será a contradição solucionada, seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas”. (ÁVILA. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, p. 106). Exemplo clássico de cláusula de exceção é contado por Alexy: “un ejemplo de lo primero lo ofrece el orden de una escuela que, por una parte, prohíbe abandonar el aula de clase antes del timbre y por otra parte, sin embargo, ordena hacer exactamente eso, en caso de que suene le alarma de incendios. Este conflicto puede resolverse fácilmente, si a la prohibición de abandonar el aula de clases antes del timbre se le introduce una excepción referida a la alarma de incendios”. (ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 97).

<sup>231</sup> Conforme o Tribunal Constitucional espanhol (SANCHÍS. Neoconsitucionalismo y ponderación judicial, p. 143): “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalências *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uni de ellos, em su eficácia recíproca”.

<sup>232</sup> Conforme Sérgio Sérulo da Cunha, “é perfeitamente admissível, e necessário, o antagonismo dos princípios num sistema que funciona à semelhança de um corpo, em que é preciso lidar, por exemplo, com a noite e com o dia, com o frio e com o calor. Não se excluem portanto os contrários; eles convivem no sistema do Direito conforme a necessidade das repostas que deve oferecer aos fatos sociais. A adoção do princípio da economia, por exemplo, não significa a vedação de toda e qualquer despesa, mas, ao contrário, supõe a realização de despesas”. (Princípios Constitucionais, p. 286).

<sup>233</sup> SANCHÍS. Neoconsitucionalismo y ponderación judicial.

<sup>234</sup> SANCHÍS, L. Neoconsitucionalismo y ponderación judicial

*Hard Cases*, para Dworkin, apesar de que Alexy não admite apenas uma única resposta correta quando aplicam-se princípios.<sup>235</sup>

Zagrebelsky<sup>236</sup> afirma que a pluralidade dos princípios e a ausência de uma hierarquia impede que haja uma ciência da ponderação, mas apenas uma “prudência”. Ainda, há o problema da multiplicidade dos métodos de interpretação<sup>237</sup> e não é possível obrigar ao intérprete que utilize uma ou outra forma de interpretação da norma. O direito positivo, nesse caso, pressupõe, como afirma Zagrebelsky, uma compreensão do sentido<sup>238</sup>, porém não pode vincular o intérprete a esse único sentido.

A tese da mera subsunção preconizava que ao juiz cabia apenas relacionar o direito ao fato concreto, configurando-o um autômato. Com o tempo essa tese modificou-se, aceitando-se, com fundamento na Constituição, uma ponderação de valores. Os princípios constitucionais mostrariam o caminho a ser seguido na interpretação. Por isso, os princípios são chamados mandamentos de otimização.

Portanto, deverá o juiz realizar a subsunção da regra ao fato concreto, observando concomitantemente os princípios constitucionais (como norma e como mandamento nuclear). No caso de lacuna, deverá ponderar os princípios, sem que haja qualquer indício de decisionismo ou excessiva discricionariedade. Isso é assim porque se pressupõe que o juiz encontre uma solução justa<sup>239</sup>, como afirma Sanchís, pois o direito as regras da argumentação sempre encontram uma resposta intersubjetivamente válida frente a qualquer problema prático.<sup>240</sup>

Por fim, o estágio em que estamos sugere uma solução intermediária entre o modelo de regras e o modelo de princípios, não abandonando a subsunção

<sup>235</sup> Conforme Letícia Balsamão Amorim (A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas), “Alexy foi bastante influenciado pela teoria sobre a distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin, mas o próprio Alexy aponta algumas distinções entre a sua tese e a de Dworkin. Segundo Alexy, sua distinção, apesar de muito parecida com a de Dworkin, dela se distingue por tratar os princípios como ‘mandados de otimização’, não fazer a distinção de princípios e *policies* (feita por Dworkin) e ainda por atribuir às regras um certo ‘caráter *prima facie*’. Além do mais, a proposta de Alexy será justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta racional”.

<sup>236</sup> SANCHÍS. Constitucionalismo y positivismo, p. 22.

<sup>237</sup> Sobre métodos de interpretação ver ZAGREBELSKY. El Derecho Dúctil. p. 134.

<sup>238</sup> Por sentido entende o autor a conexão entre uma ação e seu resultado social. (ZAGREBELSKY. El Derecho Dúctil. p. 137)

<sup>239</sup> A “solução justa” é baseado no entendimento de Dworkin acerca da utilização dos princípios como forma de fundamentar uma decisão judicial, evitando que o juiz crie direito *ex post facto*, devendo sempre se fundamentar no direito posto e preexistente.

<sup>240</sup> SANCHÍS. Constitucionalismo y positivismo, p. 46.

da regra nem a aplicação ponderada de princípios. Um modelo puro de regras e um modelo puro de princípios não é recomendado, pois não se deve abandonar a segurança jurídica inerente às regras e a ponderação e possibilidade de justiça relacionadas aos princípios.

No momento da decisão, deverá o juiz aplicar a norma jurídica, não construindo um novo direito (*ex post facto*), o que, inclusive, pode decorrer do previsto na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Tendo em vista a aplicação do direito, agora é o momento de [tentar] esclarecer como deverá proceder o aplicador do direito no caso das lacunas. Poderá se utilizar de argumentos políticos ou somente de argumentos de princípio?

Para tentar demonstrar isso, Dworkin idealiza a tese dos direitos. Através dela, separa, inicialmente, as decisões baseadas em argumento de política e argumentos de princípio. Para ele,

“os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo (...). Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.<sup>241</sup>

Os argumentos de política são utilizados pelo Poder Legislativo e visam a estabelecer um direito e objetivo coletivos<sup>242</sup>. Já os argumentos de princípio são utilizados pelo juiz e visam a estabelecer um direito individual, configurando-se limites contra a realização de um objetivo coletivo.<sup>243</sup> O Poder Judiciário não poderá se utilizar do outro argumento por não ser “legislador segundo”, devendo se utilizar da lei, que fora construída politicamente.

Um argumento de política, assim sendo, é transformado em lei, tornando-se um argumento de princípio.<sup>244</sup> E é essa a solução para os casos difíceis. Conclui-se, pois, que ao juiz caberá somente a aplicação do direito, que

<sup>241</sup> Como exemplo, o autor diz que é o argumento de política é aquele o em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Já o argumento de princípio é aquele em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito”. (DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 129).

<sup>242</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 141.

<sup>243</sup> NINO. La Constitución de la Democracia Deliberativa, p. 270.

<sup>244</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 131.

compreende as regras e princípios<sup>245</sup>. É vedada decisão judicial discricionária forte, cujo teor tende a usurpar o poder (político) que pertence somente ao povo através da soberania, que, como visto, é o único que pode criar o direito<sup>246</sup>. Ademais, decorre da Constituição a obrigação das pessoas e do juiz de obediência às leis (regras) e princípios<sup>247</sup>, sendo política uma decisão judicial que a isso desrespeita.

Importante ressaltar que a decisão política-judicial para o caso em tela é aquela que substitui a decisão majoritária do povo (por isso também chamada decisão contramajoritária – contra a decisão da maioria), que tem soberania para se auto-regular.<sup>248</sup> Ao Poder Judiciário, portanto, não cabe decidir senão aplicando a norma jurídica com o intuito de melhor atender àquela deliberação política. O juiz, assim, deverá respeitar a integridade do direito, devendo acima de tudo obedecê-lo. Dworkin entende que eventual decisão política-judicial tem o intuito de agradar o povo, e não é essa a tarefa do magistrado, que não foi eleito por ele.

O povo, diretamente ou por meio de seus representantes, tem o poder de se auto-regular de acordo com os direitos fundamentais. A esses representantes é outorgado um mandato (uma “procuração” política) com a finalidade de permitir a criação de leis que tenham como finalidade o bem-estar da coletividade.

Tendo em vista que o juiz não é escolhido democraticamente, não poderá legislar tal como fazem os representante eleitos. Além, em relação ao que foi explicado nesse trabalho, não existe nada que faça obedecer a um direito que não é proveniente da decisão política. Essa é primeira das objeções à originalidade judicial de Dworkin.<sup>249</sup>

A segunda objeção tem o seguinte significado:

“se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum

<sup>245</sup> “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. (DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 127).

<sup>246</sup> A isso dá-se o nome de poder político. Uma decisão judicial discricionária é uma decisão política, porque cria um direito que antes não existia. Usurpa, portanto, a soberania do povo, que é o único que tem o poder de criar o direito.

<sup>247</sup> Como afirma Dworkin (Levando os direitos a sério, p. 79).

<sup>248</sup> O entendimento de Dworkin para decisões políticas é uma decisão que tenha como objetivo agradar o povo. No entanto, essa decisão usurpa a atribuição da função legislativa, que é representante da vontade popular. Decisões políticas diminuiriam o respeito pela lei (DWORKIN. Uma questão de princípio, p. 28).

<sup>249</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 132.



dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato”.<sup>250</sup>

Uma decisão fundamentada em argumentos de política resultaria injustiça<sup>251</sup> para a parte que perdeu, não sendo justificável nem mesmo que fosse mais favorável à sociedade, como, por exemplo, um melhor desenvolvimento econômico ou em respeito à reserva do possível<sup>252</sup>. Além disso, a decisão política não tem como obrigação o igual tratamento de todos, diferentemente das decisões baseadas em direitos. Isso acontece porque a decisão política poderá ser benéfica se aplicada para alguns e não benéfica para outros. Exemplificando, uma decisão poderia ser melhor para a economia se beneficiasse apenas pessoas pobres, mas prejudicial se o benefício fosse concedido aos ricos.

A vedação, entretanto, a decisões políticas acarreta uma vantagem para o juiz: o julgador, que não é eleito, possui, devido à tese dos direitos, uma não-sujeição às pressões sociais de qualquer forma, ao contrário dos representantes eleitos. Poderá julgar, pois, baseado em princípios, prolatando decisões impopulares, sem que sofra qualquer reprimenda por parte do povo.

Essa é, inclusive, a finalidade da separação das funções – poderes – do Estado. A proibição de prolação de decisões políticas pelo Poder Judiciário tem como [um] objetivo manter o controle da legalidade dos atos políticos. É por isso que ao Judiciário cabe a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, poderá declarar a invalidade de uma lei votada política-democraticamente se acreditar, com base em argumentos de princípios, que ela não deve pertencer ao ordenamento jurídico por estar desrespeitando o ideal de integridade.

No caso de uma ação direta de inconstitucionalidade<sup>253</sup>, no ordeamento brasileiro, em que o juiz decide, *a priori*, contramajoritariamente (declara que uma

<sup>250</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 132.

<sup>251</sup> Ou, ao menos, mais injustiça se decidido o caso com argumentos de princípio. Como vemos em Derrida, Justiça é um avenir, ou seja, sempre estamos em busca dela. “La justice reste à venir, elle a, elle est à-venir, la dimension même d’événements irréductiblement à venir (...). Il y a un avenir pour la justice et il n’y a de justice que dans la mesure ou de l’événement est possible qui, em tant q’événement, excède le calcul, les règles, les programmes, les anticipations, etc. La justice comme expérience de l’altérité absolue, est imprésentable, mais c’est la chance de l’événement et la condition de l’histoire. (DERRIDA. Force de Loi, p. 970).

<sup>252</sup> A reserva do possível: a aplicação de um direito poderá ser contida devido a ausência de recursos do Estado. O juiz será omissos nesse caso e também estará tomando uma decisão não baseada no direito, mas numa situação de conveniência política.

<sup>253</sup> Como afirma Dworkin, “(...) parece que esses juízes exercem um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles, um número ínfimo de nomeados

lei, decidida pela maioria, não está de acordo com a Constituição), é legítimo esse poder de declarar que uma regra definida discursivamente está em desacordo com a Carta constitucional, haja vista que nela já existem normas superiores que também foram discursivamente decididas originalmente e que sempre deverão ser respeitadas, com o intuito de proteger a minoria. Além do mais, a necessidade da integridade do ordenamento se impõe.

O juiz está declarando inválida uma lei discursivamente criada com fundamento em normas também discursivamente criadas e que possuem um *status* superior, já que são originais e que também são criados com a finalidade de serem superiores. É aquilo que Bayón chama de “objeção contramajoritária”, que é o limite que pode ser decidido pela maioria no momento em que se cria a lei.<sup>254</sup>

A tese dos direitos tem como finalidade precípua demonstrar que o aplicador da norma poderá tornar efetivos os direitos políticos – que foram exercidos no passado com a escolha das normas – com base em normas jurídicas, ressaltando que esses direitos, conforme Dworkin, “são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas”.<sup>255</sup> Pela teoria dos direitos de Dworkin é que se faz possível uma sociedade com um sistema seguro de direitos e, acima de tudo, com vistas à Justiça.

Além das normas jurídicas que devem existir em qualquer sociedade que busque a justiça, é mister que tais normas representem direitos que protejam os membros da sociedade contra as ingerências indevidas do Estado e de outros cidadãos. Tais direitos são a base de todo ordenamento jurídico protetor da pessoa humana, chamados de direitos fundamentais.

### 1.3 – A estrutura das normas de direito fundamental

---

vitalícios, acham erradas. Como isso pode ser conciliado com a democracia? Qual é a alternativa, porém, exceto abdicar do poder que Marshall declarou? (...)”.(DWORKIN. Império do Direito, p. 41)

<sup>254</sup> Nas comissões parlamentares de inquérito, apesar da investigação se dar por meio de representantes do povo, não estão eles cumprindo essa função, não podendo criar, mesmo que seja de interesse público, disposições que violes direitos já postos ou desrespeite direitos fundamentais.

<sup>255</sup> DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. 136.

Já se disse que normas jurídicas constitucionais podem ser representados por regras ou princípios, ou seja, alguns direitos podem ser modulados de acordo com as condições fáticas e outros devem ser cumpridos na medida exata do disposto na Constituição Federal. Os princípios jurídicos são abertos e otimizam a aplicação das regras, além de poderem ser aplicados isoladamente, como normas. Já as regras, apesar da necessária interpretação, possuem um caráter fechado, em que ao intérprete caberá a observância do enunciado.

### **1.3.1 – As normas de direitos fundamentais: princípios e regras**

Vislumbra-se na Constituição Federal uma grande variedade de normas de direitos fundamentais. É necessário saber como estão representados: se por princípios ou regras.

Importante investigar a natureza dessas normas, pois é a partir desse estudo que será possível determinar como devem ser aplicadas materialmente e qual será a solução, se colidirem. Os princípios e regras são normas jurídicas, mas possuem regimes diferentes de utilização. Enquanto os princípios são mais gerais e podem ser aplicados em graus diferentes, podem conflitar e mesmo assim continuarão no ordenamento, sendo mais ou menos eficazes, as regras somente podem ser aplicadas de acordo com o que o mandamento define e o conflito eliminará uma das regras conflitantes. Essa dupla configuração das normas de direito fundamental tem como função: a) assegurar a efetividade e a segurança dos direitos; b) abranger o maior número de casos possíveis, por isso se dizendo que a concretização dos direitos fundamentais deve se dar de forma mais ampla.

Uma norma-princípio de direito fundamental pode ser aplicado a diversas situações e provocar efeitos diferentes para cada uma delas, enquanto que a regra somente poderá ser aplicada uniformemente para todos os casos.

É possível que um princípio venha a colidir com outro princípio, tornando-se dependente deste outro. Este princípio, para Alexy, valerá às custas do outro princípio com o qual colidiu. A ponderação de princípios pode ser

representada como uma balança: quanto mais se dá aplicação de um dos dois princípios a ser ponderados, menos o outro será aplicado.<sup>256</sup>

Parece simples, à primeira vista, mas o maior problema da separação da norma jurídica entre regras e princípios é que nem sempre a fronteira que os separa é visível. Comumente, difícil é verificar quanto uma norma se concretiza como uma regra e um princípio. Alexy, nesse sentido, afirma que “deve se reconhecer que Günter tem razão sobre casos em que não é fácil decidir se se deve tratar uma norma como uma regra ou como um princípio”.<sup>257</sup>

A intenção do constituinte é, em caso de normas de direitos fundamentais representados por regras, impedir a ponderação, pois ela já foi realizada *a priori* por ele próprio, enquanto que, pelos princípios, a ponderação ainda não foi realizada, deixando-se para o aplicador. Portanto, é mister que se determine de que forma as normas serão suficientemente seguras sem que isso impeça a proteção de outros valores constitucionais, proteção que não poderá ser dada por regras, tendo em vista seu caráter fechado.<sup>258</sup>

A Constituição Federal de 1988 possui como uma das principais matérias a proteção dos direitos fundamentais, os quais se são encontrados em seu art. 5. Conseqüentemente, os membros da sociedade estão protegidos pelo ordenamento constitucional, impedindo a ação autoritária do Estado.

Há uma dificuldade em determinar a natureza jurídica das normas desse dispositivo, pois algumas que parecem ser aplicáveis em diferentes graus, ao mesmo tempo podem não aparentar essa aplicabilidade. Se não bastasse isso,

---

<sup>256</sup> Quanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. (ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 103).

<sup>257</sup> ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 107.

<sup>258</sup> “O legislador constituinte, que opta conscientemente pela normatização constitucional das liberdades, vê-se, assim, a braços com o seguinte dilema: ou acolhe o *mundo* dos direitos fundamentais de forma bastante lapidar, genérica ou programática ou se orienta para conferir às normas de direitos fundamentais, particularmente às de direitos, liberdades e garantias, o carácter de *verdadeiras* regras jurídicas, minuciosas e de concretização pormenorizadamente regulada. A primeira opção abriga o risco da recuperação, por parte de legislador e Administração, da disponibilidade de outrora sob a aparência das necessidades de concretização e, por outro, na ausência de parâmetros de controlo indiscutíveis, estimula uma correspondente e tendencialmente expansiva intervenção de controlo do juiz constitucional. A segunda opção, se levada a sério, pode tolher aquelas tarefas de realização e compatibilização de bens e valores constitucionais num espartilho inviável”. (NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 25) O mesmo autor dá o exemplo da regra que proíbe a pena de morte (p. 372), dizendo não ser possível qualquer ponderação ou relativização da norma de direito fundamental, no caso da Constituição Portuguesa.

diverge-se sobre o alcance de muitas normas – e principalmente se as ponderáveis podem ser utilizadas com mais ou menos força – acarretando, por vezes, uma aplicação não adequada dos direitos fundamentais.

Nesse mesmo art. 5º, diverge-se se a maior parte do conjunto jusfundamental não estaria expresso por regras, ao invés de princípios. Se assim for, diminuiu-se, pois, a esfera de apreciação do intérprete (que os princípios proporcionariam), aumentando-se a segurança, ou seja, para que não haja uma abertura interpretativa que permita a discricionariedade do aplicador, opta-se por regras – que possuem, se necessário, cláusulas de exceção, já que os direitos fundamentais não podem ser ilimitados; o limite, para o caso de regras, deve estar também expresso.<sup>259</sup>

Exemplificando, há o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e o princípio da moralidade, que são, na verdade, regras, pois não podem ser aplicados em diferentes graus. Nada obstante, são considerados pela prática jurídica como princípios, porém no sentido de mandamento nuclear (ou pressuposto do ordenamento jurídico).<sup>260</sup>

Chega-se a esse entendimento partindo da teoria de Alexy sobre os princípios. Ademais, já defendeu Virgílio Afonso da Silva que muitas normas que se consideram princípios são, na verdade, regras, mas a doutrina dos “mandamentos nucleares” está tão enraizada que nenhum trabalho as classifica assim.<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> Sobre a Constituição portuguesa, Novais (NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 575) entende que, “na sua generalidade, as normas constitucionais de direitos fundamentais têm natureza de princípios (...)”. A Constituição brasileira, contudo, representa seus direitos fundamentais preponderantemente por regras, tendo em vista a ponderação formal (*a priori*) que já tenha sido realizada pelo constituinte. De qualquer forma, com o passar do tempo, com a legislação infraconstitucional e com a construção doutrinária e jurisprudencial, os princípios constitucionais poderão ter caráter de regras, já que se chega a um entendimento, apesar de mutável, mais enraizado. (ver NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 577).

<sup>260</sup> Ainda, haveria a hipótese levantada por Alexy, com normas de duplo caráter – regras mais princípios: “el hecho de que, a través de las disposiciones iusfundamentales, se estatuyan dos tipos de normas, es decir, las reglas y los principios, fundamenta el carácter doble de las *disposiciones* iusfundamentales. El que las disposiciones iusfundamentales tengan un carácter doble no significa que también lo compartan las *normas* iusfundamentales. Por lo pronto, ellas son reglas (por lo general, incompletas) o principios. Pero, se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamentales de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación”. (ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, p. 135).

<sup>261</sup> “Isso fica claro quando alguns autores, a despeito de usarem distinção de Alexy como ponto de partida, elaboram classificações de princípios constitucionais que inserem, na categoria dos

A Constituição Federal não autorizou a possibilidade de interpretação do conteúdo dessas regras de direito fundamental para um intérprete buscasse dar um menor alcance à efetividade dos direitos com o intuito de facilitar o controle dos particulares pelo Estado. O risco da autorização para o membro da sociedade, em relação ao legislador e ao administrador, é a supressão ou alteração dos direitos fundamentais. Além do mais, não se permite a ponderação de regras, justamente por serem mandamentos definitivos, ou seja, devem ser cumpridos exatamente para o propósito a que foram criadas.

Alexy ensina que a norma-princípio que cede não perderá a validade, pois permanecerá no ordenamento jurídico caso conflite com outro princípio, ao inverso do que acontece com uma norma-regra. Habermas, no entanto, não vislumbra a possibilidade de uma norma ceder ante uma outra e ainda assim não perder sua validade. Para o autor, não é possível que uma norma possa valer “sob condições”, mas ela deverá ou não valer. O risco, segundo o autor, de se permitir que uma norma jurídica possa valer mais ou valer menos em determinados momentos, é que o intérprete poderá dar uma interpretação de forma a proteger o interesse público, o fim coletivo, em detrimento aos direitos fundamentais.<sup>262</sup>

Risco existe, consoante entendimento de Alexy. Não obstante, não há possibilidade de se dar uma prevalência universal e absoluta aos direitos fundamentais contra os bens coletivos constitucionais. Se isso ocorresse, como se resolveria, por exemplo, o caso de uma propriedade privada que desrespeitasse o meio ambiente? Ou se o direito individual à intimidade e privacidade jamais pudessem ser afastados para a averiguação de dano ao Erário? Não seria possível que o Estado sobrevivesse – até mesmo porque nem função mais teria, haja vista a

---

princípios, normas que, ser coerentes com a forma de distinção proposta por Alexy, deveriam ser consideradas como regras. Nesse sentido, posicionei-me em artigo dedicado ao problema, nos seguintes termos: ‘(...) falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria de regras’’. (SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito, p. 36); “desde o reconhecimento da constituição como norma jurídica superior e vinculante, tem-se afirmado que os direitos fundamentais substanciam o núcleo justificador do Direito e do Estado. A Constituição não é apenas o instrumento regulatório do Estado (como era tradicionalmente concebida) mas, igualmente, é instrumento normativo da sociedade. Dos direitos fundamentais irradiam normas (em geral sob forma de regras) que conformam as relações entre Estado e cidadãos mas, do mesmo modo, as relações dos cidadãos entre si” (SCHIER. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a Defesa dos Direitos Individuais, p. 1).

<sup>262</sup> ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 132.

desnecessidade de velar pelo bem coletivo – e, conseqüentemente, os próprios direitos fundamentais seriam afetados a ponto de não mais serem eficazes. Por isso, é preciso o equilíbrio.

Conclui Alexy pela possibilidade da restrição dos direitos fundamentais, que deve se dar – quando conflitam princípios – pela ponderação e pelo princípio da proporcionalidade<sup>263</sup>, ressaltando que os direitos fundamentais possuem, sim, força vinculante, sendo eles um núcleo resistente e que precedem os interesses públicos. A teoria dos princípios vem para fortalecer essa proteção, dependendo, como o próprio Alexy defende, de uma Corte Constitucional.<sup>264</sup>

A restrição poderá ocorrer, porém com limitações, e não a critério do intérprete e aplicador do direito. Essa restrição do alcance dos direitos fundamentais será deveras necessária, haja vista o grande número de direitos determinados na Constituição Federal. Os direitos fundamentais, dessa maneira, não podem vigor sem limites, sob pena de se violar outros bens constitucionais de igual peso.<sup>265</sup>

Conforme Zagrebelski, enfrenta-se o problema do grande número de normas que protegem direitos na contemporaneidade, podendo ser chamada de “a idade dos direitos”<sup>266</sup>. O que acontece é o excesso e a contratualização de leis e a heterogeneidade e pluralidade da sociedade, cujo efeito será uma maior dificuldade de manter uma coerência no agir estatal.

Aliás, o problema da conceituação dos direitos fundamentais se dá devido à plêiade de direitos que hoje existem e são citados por fontes doutrinárias e judiciais, muitas derivadas de interpretações e ramificações dos direitos

<sup>263</sup> Sobre princípio da proporcionalidade ver: BARROSO. Interpretação e aplicação da Constituição, p. 198 e seguinte. Afirmo o autor que tal princípio, também conhecido como princípio da razoabilidade, é mais utilizado junto ao Poder Executivo, mas deve também ser observado pelos demais poderes, inclusive pelo Legislativo (no momento em que legisla), quando, por exemplo, votar lei restritiva de direito fundamental. Nesse sentido, citando a doutrina portuguesa e brasileira, afirma Barroso que os requisitos extraídos do princípio da proporcionalidade são: “(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos” (p. 209).

<sup>264</sup> ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 136-137.

<sup>265</sup> A colisão entre direitos fundamentais se resume da seguinte forma: “fenômeno que emerge quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular (...)” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, p. 232).

<sup>266</sup> Termo utilizado por Pietro Costa (Derechos, p. 46). Afirmo o autor que a idade moderna seria a idade dos direitos, demonstrando que houve um grande, porém lento, crescimento do rol de direitos.

fundamentais, que são resultado do que o autor chama de “pulverização” do Direito legislativo, com desrespeito ao princípio da generalidade e abstração das normas jurídicas (faz-se normas para beneficiar casos e grupos muito específicos). Aumenta o risco de perda da coerência, devendo a Constituição, que tem a função unificadora, e o Poder Judiciário mantê-la, haja vista o risco de haver desvirtuamento constitucional.<sup>267</sup>

Não se questiona a importância e a necessidade dos direitos para uma sociedade que – ainda – busca a significação da Justiça. No entanto, nem sempre os direitos fundamentais são utilizados corretamente. Por exemplo, a vasta utilização de princípios como legítimos representantes de toda a categoria dos direitos fundamentais – concluindo pela sua ponderabilidade – não é permitida, pois a maioria é representada por regras, não princípios.

Esquece-se, comumente, que ainda há regras bem delimitadas presentes na Constituição Federal. Em palestra recente (novembro de 2006) na Universidade Federal do Paraná, o jurista Humberto Ávila vê a utilização excessiva dos princípios em detrimento às regras jurídicas. Para ele, existiriam as regras supra-inclusivas e as infra-inclusivas, sendo estas aquelas que restringem a abrangência do mandamento, enquanto aquelas abrangem mais. Apesar disso, as regras sempre deverão ser cumpridas (ou não cumpridas), evitando-se o caos que resultaria duma aplicação progressiva.<sup>268</sup>

Entende Ávila que a aversão às regras se deve ao período autoritário brasileiro, e por isso haveria uma atração por normas jurídicas maleáveis. Mas isso não é possível, pois um “modelo de princípios” puro acarretaria uma profunda discricionariedade do aplicador da norma.

Fica evidente que as regras, a despeito da crescente utilização de princípios jurídicos para fundamentar decisões, são de importância ímpar em nosso sistema jurídico. Na Common Law<sup>269</sup>, direitos subjetivos são protegidos pelos procedimentos judiciais, não propriamente pelas regras. No sistema pátrio, a fundamentação das decisões deverão ser por regras, em primeiro lugar, e depois

<sup>267</sup> ZAGREBELSKY. El derecho dúctil, p. 37-41.

<sup>268</sup> Canotilho afirma que “o modelo adequado para discutir a aplicação-concretização de normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias (...) é um modelo combinado de regras/princípios mas com prevalência do plano das regras sobre o plano dos princípios”. (CANOTILHO. Estudos sobre direitos fundamentais, p. 159).

<sup>269</sup> OST. Droit et intérêt; entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 41.



por princípios. Ao juiz, inclusive, é vedado julgar por equidade, haja vista que, julgando dessa forma, estará legislando positivamente.

A isso dá-se o nome de discricionariedade (no sentido forte, de autoritarismo) da atuação estatal e acaba prejudicando o ordenamento jurídico, já que não se mantém o ideal de integridade, bastante defendido por Dworkin como fundamento de uma ordem jurídica coerente. Permitir que o aplicador do Direito decida somente com base em princípios gerais, porém discricionariamente, acarretaria não apenas a falta de integridade, mas injustiça, apesar de que a defesa de um ordenamento de regras apenas também resultaria em discricionariedade. O ideal, portanto, não é nem o modelo puro de regras nem o modelo puro de princípios, mas uma mistura de ambos, tendo em vista a necessidade de restrição de direitos, contanto que se realize fundamentada.

## **Capítulo 2 – O caráter não-absoluto dos direitos fundamentais.**

Em princípio, os direitos fundamentais devem ser protegidos e aplicados o mais amplamente possível<sup>270</sup>, sem que o Estado ou qualquer outro indivíduo possa limitar o alcance deles. Contudo, a despeito da necessidade do Estado garanti-lo, certos casos podem requerer a restrição da efetividade de um direito fundamental para preservar um bem superior.

Existem situações mais simples, quando a própria Carta determina quando e por quê deve se restringir um direito fundamental. Em outras, a dificuldade é maior, dependendo de uma análise sistemática da Constituição, ponderando-se princípios diversos presentes nesse diploma. Existem alguns direitos, inclusive, que realmente são absolutos e não poderão sofrer exceção ou ponderação de qualquer forma, como o a vedação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, Constituição Federal de 1988).

O aplicador da norma, ademais, utiliza-se do argumento de “interesses” para diminuir a aplicação dos direitos fundamentais. Há tempos se afirma que o

---

<sup>270</sup> Conforme Barroso, “comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos”. Lembra-se que interpretação extensiva é, conforme o autor, “o alargamento do sentido da lei, pois este ultrapassa a expressão literal da norma (*lex minuis scripsit quam voluit*)” (BARROSO. Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 114-115); MAXIMILIANO. Hermenêutica e Aplicação do Direito, p. 197 e seguintes; ASCENSÃO. O Direito. Introdução e Teoria Geral, p. 374.

interesse público teria supremacia sobre outros interesses, podendo, inclusive, sobrepor-se a certos direitos se isso for benéfico para a coletividade. Assim, devem ser analisadas todas essas hipóteses, buscando a elucidação de até que ponto os direitos fundamentais podem ser afastados, se puderem ser.

## 2.1 – Interesses privados, interesses públicos: relação de supremacia?

Não é recente o bastante citado embate entre a esfera pública e privada, ou, nas palavras de Nelson Saldanha, entre o “Jardim e a Praça”, esta como espaço público, aberto, livre, e aquele, como interno, particular, não acessível a todos que pretendam adentrá-lo.<sup>271</sup> Apesar da metáfora, a esfera pública é onde ocorrem discussões políticas, e todos estão [formalmente] nivelados, podendo livremente participar. Já o privado, contrariamente, contém assuntos que não dizem respeito a outros, e acabam por perder o sentido caso passem à esfera pública. A destruição desta esfera resultaria o mesmo desfecho para aquela.<sup>272</sup>

Conforme Calmon de Passos, essas categorias (público e privado) surgiram na Grécia e, passadas aos romanos, influenciaram as culturas posteriores. Entre os gregos antigos, o público era o espaço da convivência dos iguais, enquanto a esfera privada era o espaço particular a cada indivíduo, mais vinculado a este que à família.<sup>273</sup>

Platão e Aristóteles consideravam a produção da riqueza como atividade dependente apenas de interesses privados, com o objetivo de saciar apetites, sendo os bens produzidos necessários não apenas para auto-preservação, mas pelo simples fato de se possuir bens materiais. Dessa forma, os impulsos eram voltados mais ao privado que ao público, devendo partir daquele para se chegar a este. O fim último, portanto, era a realização do público, mas sem o desprezo ao privado.

Locke entendia que a comunidade política devia estar sobre as necessidades e aspirações individuais, mas não descartava a importância da propriedade privada, que é o fim do Homem. Para ele, deve-se lapidar a concepção

<sup>271</sup> SALDANHA. O Jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1986.

<sup>272</sup> Sobre o tema: ARENDT. A condição humana, p. 31 e seguinte.

<sup>273</sup> CALMON DE PASSOS. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal, p. 61.

sobre a posse de bens além do necessário, sendo preciso um acordo público que garanta a satisfação dos interesses individuais. Faltava-lhe, no entanto, mostrar que acordo é esse. Adam Smith, em complemento, enxergava uma “Mão Invisível”, que seria uma auto-regulação harmônica entre as atividades apetitivas do indivíduo e suas satisfações.<sup>274</sup> Por isso, ao Estado era vedada a interferência no privado, sendo o próprio interesse aquisitivo individual uma fonte de ordem.

Considerando a existência de conflito entre os interesses públicos e privados, afirmava Rousseau que “uma vontade particular pode concordar num ponto qualquer com a vontade geral, mas nunca este acordo será duradouro e constante; porque a vontade particular, pela sua natureza, tende para a preferência e a vontade geral, para a igualdade”. Admite, então, a possibilidade de haver a coordenação entre os interesses, mas apenas se for por curto período de tempo.<sup>275</sup>

Em posição oposta, Marx via que a produção material jamais poderia ser proveniente do privado, devendo o trabalho ser público (de interesse público)<sup>276</sup>. A economia, para o autor, dependia da autoridade pública. Com o utilitarismo de Jeremias Bentham, o interesse público passa a significar felicidade e prazer, ou seja, quanto mais desses dois existir na sociedade, mais pessoas forem felizes, mais o interesse público estaria sendo atendido.<sup>277</sup>

Essas teorias demonstram a relação entre o público e o privado como interesses opostos – para alguns – e relacionados ou decorrentes – para outros. O que se entenderá, neste trabalho, é que os interesses públicos e privados não podem ser, como regra, contrapostos, mas complementares, que significa que o interesse público depende do privado, e vice-versa. Jamais haverá uma contraposição *a priori* dos interesses, pois ambos se aniquilariam. O interesse público é proveniente do privado, haja vista ser composto pelo conjunto dos membros de uma sociedade. Já o interesse privado, para sua subsistência e perenidade, depende do público, pois os interesses públicos garantem direta e indiretamente o bem-estar de cada indivíduo.<sup>278</sup>

<sup>274</sup> OST. Droit et intérêt: entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 18.

<sup>275</sup> ROUSSEAU. Contrato social, p. 33.

<sup>276</sup> OST. Droit et intérêt: entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 22.

<sup>277</sup> OST. Droit et intérêt: entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 29. O utilitarismo de Bentham previa que a felicidade individual deveria ser buscada nem que isso trouxesse prejuízo a outrem. Como uma contraposição a ele vem John Rawls, com sua teoria da justiça, cujo tema foi abordado acima.

<sup>278</sup> Para Häberle, é de interesse público e privado a manutenção dos direitos fundamentais, ou seja, há um entrecruzamento de ambos os interesses quando o tema é direitos fundamentais. Essa

A relação entre ambas as esferas na modernidade é tão homogênea que Hannah Arendt demonstra o caminhar de ambas como faces da moeda: “parece ser da natureza da relação entre as esferas pública e privada que o estágio final do desaparecimento da esfera pública seja acompanhado pela ameaça de igual liquidação da esfera privada”. Isso porque a autora demonstra a importância da propriedade privada para o corpo político no espaço público.<sup>279</sup>

Na visão dos autores está presente uma relação de interdependência entre o espaço público e privado. Portanto, é lícito compreender que é de interesse público e privado que os direitos sejam sempre respeitados e, em caso de desrespeito, que sejam garantidos, sendo esse trabalho devido aos direitos fundamentais determinados pela Constituição Federal.

Complementando o que foi exposto no ponto anterior, há uma relação de reciprocidade entre os interesses e direitos fundamentais. Estes, sendo interesses juridicamente protegidos, protegem os próprios interesses que, por sua vez, procuram proteger a contínua existência dos direitos fundamentais. Outrossim, em certas ocasiões, os interesses, sejam públicos ou privados, e os direitos fundamentais podem se contrapor. Os interesses nem sempre estarão voltados para a garantia de direitos; interesses particulares poderão ir contra interesses particulares; interesses públicos poderão ir contra interesses particulares. Nada impede, portanto, que interesses públicos se oponham aos direitos fundamentais, estes entendidos como interesses protegidos. Resta saber, contudo, se essa oposição de interesses pode vir a acontecer e se é possível que interesses públicos possam restringir a efetividade de direitos fundamentais que protegem interesses particulares.

Pondera-se, de início, que foi citado inúmeras vezes o termo “interesse público”, sendo necessário conceituá-lo. Entende Alice Gonzalez Borges que o

---

posição também é defendida por Kaufmann. (HÄBERLE. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 26); no mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier afirma que “interesses públicos e privados se complementam e se harmonizam, não se encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um importa na do outro” (Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 99); ainda, defende a convergência entre interesses públicos e privados Daniel Sarmiento (Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p. 83); sobre complementaridade e equilíbrio, apesar de em momentos históricos isso não ocorrer, como por exemplo em regimes totalitários, isso é essencial para a existência humana, como afirma Nelson Saldanha (O Jardim e a Praça, p. 25-26).

<sup>279</sup> ARENDT. A condição humana, p. 70.

“interesse público, pois, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores”.<sup>280</sup>

Não se compreende da mesma maneira, pois o somatório de interesses individuais não necessariamente coincidirá com o interesse público. Nem sempre o interesse público poderá estar representado pelo interesse majoritário de uma sociedade, como defende a autora, pois é possível que seja de interesse público a defesa de pretensões da minoria.

Com desenvolvimento similar, sinteticamente, o interesse público é o conjunto de interesses da sociedade, sendo prevalecente (não supremo) sobre os interesses particulares.<sup>281</sup> Há o entendimento, também, de que é o interesse público o somatório dos interesses particulares. E outros o vêem como o interesse do Estado, chamados interesses secundários, que surgem após os interesses primários. Estes buscariam o bem-estar das pessoas, enquanto aqueles, o funcionamento estatal – é de interesse do Estado, por exemplo, a arrecadação de impostos.<sup>282</sup>

O caminho que toma-se, partindo de Marçal Justen Filho, é pelo interesse público coletivo, ou seja, interesses da sociedade sobrepostos, cuja força desses interesses encontra-se nivelada, não se constituindo em simples somatório de interesses. Admite-se mais de um interesse público numa comunidade, mas não é possível afirmar a supremacia de um sobre os demais.<sup>283</sup> Ignacio Torres Muro, nesta linha, entende que o interesse público existe quando há uma orientação em conjunto da comunidade de pessoas.<sup>284</sup> Esses temas – de interesse público – seriam totalmente diferentes dos temas chamados de estritamente privados.

Não há um consenso doutrinário sobre o entendimento do que é o interesse público. O resultado é uma incerteza jurídica quanto ao seu conteúdo,

<sup>280</sup> BORGES. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução, p. 143 e 152.

<sup>281</sup> Como concepção dominante, o interesse público seria o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2003, p. 53).

<sup>282</sup> Esse tema será retomado no ponto abaixo, sobre a “supremacia do interesse público sobre o privado”.

<sup>283</sup> JUSTEN FILHO. Curso de Direito Administrativo, p. 45.

<sup>284</sup> Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 77.

sendo o maior problema a possibilidade do intérprete utilizar-se de um conceito indeterminado com um fim não condizente ao que lhe deu a doutrina.

Existem normas voltadas a garantias de direitos (e interesses) no âmbito privado e no público. Nesse, o conteúdo procura garantir que toda sociedade esteja voltada para a busca do bem estar comum. Já aquele é voltado para a garantia dos direitos particulares, do cidadão. Uns resguardam preponderantemente o que é de interesse público, enquanto outros, privado. Apesar da proteção aos direitos fundamentais, que tenderia a proteger de forma primordial o espaço privado, em especial quanto à abordagem que se faz neste trabalho, o interesse público não pode ser esquecido, haja vista ser necessário à preservação da sociedade. No mesmo sentido, afirma Sarmiento que “a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”.<sup>285</sup>

A Constituição Federal trouxe em seu bojo normas que garantem direitos para ambos os lados, com uma certa prevalência aos interesses privados (no que tange aos direitos fundamentais).<sup>286</sup> Portanto, quanto ao tema que se pretende desenvolver, há: normas que garantem os direitos fundamentais, como a garantia ao sigilo de dados e de comunicações e a inviolabilidade do domicílio (que abrange os escritórios profissionais); e normas que garantem a democracia e o correto funcionamento estatal, evitando atos ilegais que desrespeitem, por exemplo, o princípio da legalidade ou da moralidade, que são necessários para garantir preponderantemente a satisfação do interesse público. Na outra ponta existe o direito da inviolabilidade da intimidade, que garante os direitos privados daquele que sofre investigação do Estado. Não há uma prevalência geral de um princípio ou regra sobre o outro, e, nesse caso, especificamente, há uma tendência contemporânea a diminuir a preponderância do público perante o privado.

Não é possível traçar uma linha divisória entre os interesses públicos e privados e as normas jurídicas que os representam, haja vista que há interesse

---

<sup>285</sup> SARMENTO. Interesses públicos e Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional, p. 29.

<sup>286</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 99. Para o autor, é mais usual a prevalência dos interesses privados, sendo a prevalência dos interesses públicos exceção, em homenagem ao princípio da legalidade e ao Estado de Direito.

público em se preservar os direitos fundamentais (individuais), da mesma forma que é de interesse privado que a comunidade seja protegida e os bens coletivos sejam preservados. Nisso fica evidente que a contradição entre os dois interesses não se pode dar formalmente.

No caso concreto, quando há dois princípios colidentes, a ponderação entre normas-princípio representantes de direitos fundamentais e normas-princípio que representam interesse público é necessária para que se conclua qual deles irá prevalecer. O juiz, ao se deparar com situações como essa, deverá realizar tal atividade, podendo ele, tendo em vista a necessidade, e desde que autorizado (pela Constituição), restringir a aplicabilidade de um direito fundamental para satisfazer o interesse público presente na Constituição. Contudo, considera-se o afastamento dos direitos fundamentais uma medida extrema que somente poderá ser utilizada se esgotadas outras vias menos drásticas.

Já para com uma regra de direito fundamental, não é possível fazer a ponderação. Isso porque, na linha do estudo presente, as normas-regra somente podem ser aplicadas de acordo com seu mandamento; nem mais, nem menos. Sendo assim, uma regra que defende um interesse privado sempre defenderá esse interesse privado, só podendo ser limitada quando uma norma-regra de exceção estabelecer um limite.

Ressalta-se: não se admite a ponderação entre uma norma-princípio que representa um interesse com um interesse propriamente dito (mero interesse), seja público ou privado, pelo fato de se ponderar categorias diversas, pois interesse não expresso em normas não poderá ser ponderado com normas.

## **2.2. A indisponibilidade e a restrição aos direitos fundamentais**

A restrição dos direitos fundamentais deve ser dificultada ou impedida devido à importância desses direitos para a existência e funcionamento de um Estado Constitucional. Mas como é sabido, não é possível que todos os direitos fundamentais sejam absolutos, que valham sem limites, sem se importar com bens que interessam a todos (até porque o Estado também deve proteger os interesses públicos, os bens públicos, ou direitos constitucionais de terceiros, porque senão não haveria necessidade de Estado ou de Sociedade).

Já se afirmou que os direitos fundamentais só podem ser limitados se isso estiver constitucionalmente previsto. Dessa forma, evita-se a discricionariedade do aplicador da lei. No entanto, é de se admitir a restrição a direitos fundamentais para casos não expressamente previstos, o que necessita de uma análise mais detalhada. É preciso que as restrições aos direitos fundamentais sejam cuidadosamente limitadas, mas não a ponto de impedir restrição de direitos em alguns momentos em que seja imprescindível para a existência de outros bens constitucionais e da própria sociedade.

Defende-se a possibilidade da restrição dos direitos fundamentais. Porém, não se concorda com sua disponibilidade, ou seja, é defeso que a maioria ou a unanimidade possa afastar a aplicação, efetividade ou vigência de um direito fundamental.

### 2.2.1 – A indisponibilidade dos direitos fundamentais

Os direitos disponíveis são aqueles que podem ser afastados de acordo com a vontade do seu titular, ou seja, poderá ele abrir mão de exercê-lo, se assim convier. Já os direitos indisponíveis não podem ser afastados nem mesmo se o titular assim o desejar. Esses são os direitos fundamentais? Seriam tais direitos indisponíveis, ou seja, a ninguém é lícito ignorá-los? Primeiramente, Alexy entende que, devido à necessidade de garantir os direitos fundamentais sob uma visão procedimental, não é possível que uma maioria simples possa alterar uma legislação que garanta aqueles direitos.

Direitos fundamentais, ademais, são indisponíveis em face do Estado. Assim, “as pessoas devem possuir direitos sobre os quais tampouco o Estado possa dispor”, ou seja, sem a faculdade de dispor sobre o conteúdo de tais direitos. No entanto, necessário se faz ir além, com a impossibilidade de modificações nem por maioria do povo, ou até mesmo por unanimidade.<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> “Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del



Aduz Zippelius que a idéia – de direitos inalienáveis do Homem – surgiu na teoria contratualista, com Locke (o estado natural seria a total liberdade e igualdade, devendo a sociedade proteger a vida, a liberdade e a propriedade dos indivíduos). Sendo assim, “ninguém pode transferir para outrem – o Estado, neste caso – um poder maior do que aquele que possui sobre si próprio (...)”. Ademais, um homem não pode ser submetido ao poder arbitrário de outrem com relação à vida, à liberdade, que são direitos naturais.<sup>288</sup>

Para Dworkin, tais direitos não podem ser objeto de “compensação ou barganha”, pois são uma defesa do fraco contra o forte.<sup>289</sup> Nem mesmo a unanimidade pode afastar tais direitos, porque futuramente outras decisões podem não ser unânimes, e, novamente, a minoria seria prejudicada. É por isso que os direitos fundamentais são um limite à atividade legislativa, cabendo ao Poder Judiciário a concretização desse limite, a chamada “decisão contramajoritária”, que já foi objeto de discussão.

Os atributos da personalidade não estão sujeitos à disposição, ou a possibilidade de disposição é bastante reduzida, conforme afirma François Ost<sup>290</sup>, pois isso reduziria a liberdade dos mais fracos. Para tanto, o autor distingue a liberdade dos direitos subjetivos, partindo da idéia de que a liberdade tem como destinatário um sujeito difuso, enquanto que os direitos subjetivos possuem sujeitos determinados, além de outras diferenças. Por isso, é possível defender os direitos da personalidade não apenas pelo Direito, mas pelos conceitos de interesse e de liberdade.<sup>291</sup>

Portanto, a indisponibilidade dos direitos fundamentais garante uma perene democracia, na qual a minoria e os mais fracos estarão protegidos não apenas da força do Estado, mas também contra outros indivíduos que desejem sobrepujá-los. A própria Constituição brasileira consagra essa proteção, elegendo tais direitos como cláusulas pétreas, que não podem ser alteradas pelo Poder Constituinte Reformador ou pelo legislador ordinário. Entretanto, devem-se estabelecer certas restrições, com o intuito de se evitar que, no caso de não haver

---

mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que y de lo indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”. (FERRAJOLI.. Derechos y Garantías, p. 23-24)

<sup>288</sup> ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 436.

<sup>289</sup> OST. Droit et intérêt: entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 43.

<sup>290</sup> OST. Droit et intérêt: entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 118.

<sup>291</sup> OST. Droit et intérêt: entre droit et non-droit: l'intérêt, p. 119-120.

limites, o exercício seja excessivo a ponto de prejudicar os direitos fundamentais de toda a comunidade e também os demais bens que estão previstos na Constituição Federal.

### **2.2.2 – a restrição aos direitos fundamentais: o interesse público não positivado na Constituição**

É muito comum constatar situações em que, no momento da aplicação da lei, ou mesmo quando interesses públicos conflitam com direitos fundamentais, seja fundamentada uma restrição ao direito fundamental com base num “interesse público” vago, que ainda não se sabe com exatidão o que é. Dessa forma, é bastante difícil defender essa vertente.<sup>292</sup>

A doutrina se apegua ao que chama de “princípio da supremacia do interesse público”, cujo conteúdo pretende demonstrar que, quando em conflito interesses públicos e interesses privados – nesse caso, direitos fundamentais –, sempre são interesses públicos é que vencem.<sup>293</sup>

<sup>292</sup> “Ora, seria difícil pensar numa limitação mais vaga e indeterminada aos direitos fundamentais do que a proteção do interesse público”. (SARMENTO. Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p. 97.)

<sup>293</sup> Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”. (Curso de Direito Administrativo, 2003, p. 60). Na mesma linha, Odete Medauar ensina que é comum a doutrina afirmar uma preponderância formal dos interesses públicos sobre os particulares, mas a autora lembra que há vertentes no sentido de defender a ponderação de interesses conflitantes, evitando danos aos particulares e respeitando o princípio da proporcionalidade (Direito Administrativo Moderno, p. 153); como entendimento menos incisivo, a doutrina ainda divide a noção de interesse público em primário e secundário, apesar de não ser uma classificação comum no direito pátrio. Aquele é a “razão de ser do Estado”, ou seja, interesses fundamentais que fazem parte da sua essência: justiça, segurança e bem-estar social. Já o interesse público secundário é o do Estado, da pessoa jurídica de Direito Público (tal como União, Estados-membros e Municípios, além das autarquias). É o interesse do erário (que busca maior arrecadação e menor despesa). Conforme Luis Roberto Barroso, não há de se falar em supremacia do interesse público secundário, pois o erário nunca deverá ser considerado como possuidor de supremacia formal sobre outros interesses. Contudo, para o autor há uma supremacia dos interesses primários, não podendo ser eles objeto de ponderação, mas são o parâmetro de ponderação, servindo para que as normas constitucionais sejam aplicadas com vistas ao interesse público primário. Note-se que o autor não defende a idéia de que o interesse público, ou a sua supremacia, constitui um princípio, mas que o interesse público auxiliaria a compreensão das normas, com o intuito de procurar aplicá-las em favor do público. Isso não significa que estar-se-ia aplicando uma norma contra um interesse particular, mas bem pelo contrário. Deve-se aplicar as normas em favor dos interesses particulares, mas nunca ao mesmo tempo em desfavor (no sentido de causador de prejuízo) do interesse público. A aplicação da norma, compreendendo regras e princípios, deverá sempre estar voltada para o bem comum, não significando que não será também voltada ao bem

O Direito Público tradicional entende que existe uma supremacia formal do interesse público sobre o interesse privado. No caso do choque entre ambos, sempre era aquele que prevalecia, nem sequer sendo necessária a ponderação entre dois interesses. A supremacia do interesse público seria uma cláusula geral que não aceitaria qualquer relação de precedência em que ela não viesse antes – um axioma.<sup>294</sup>

Essa doutrina compreende que há uma indisponibilidade do interesse público, devendo a Administração Pública, o Poder Judiciário e outras funções estatais, ao se depararem com uma colisão de direitos ou interesses privados com os interesses públicos, sempre optar por estes, já que existiria uma “regra de preferência”<sup>295</sup>

Tal concepção encontra-se superada já que a Constituição Federal de 1988 enumera diversos direitos fundamentais que defendem interesses que não podem ser afastados, exceto em alguns casos autorizados pela própria Carta.<sup>296</sup> A

---

particular. O que não poderá acontecer é aplicação da norma em detrimento ao bem comum. Essa classificação tem origem no direito italiano e é tratada no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 56; (BARROSO. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público, p. xiii).

Em tempo, conforme Luis Roberto Barroso, “o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”. (Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público, p. xvi)

<sup>294</sup> Nesse sentido: Paulo de Barros Carvalho entende ser um princípio constitucional implícito de grande importância para a interpretação das normas de Direito Público. (Curso de Direito Tributário. p. 98).

<sup>295</sup> ÁVILA. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, p. 101.

<sup>296</sup> “(...) a Constituição brasileira, por meio de normas-princípios fundamentais (arts. 1 a 4), dos direitos e garantias fundamentais (art. 5 a 7) e das normas-princípios gerais (p. ex. arts. 145, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima de a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria (não o é, como se verá) em favor dos interesses privados em vez dos públicos. A Constituição brasileira institui normas-princípios fundamentais, também partindo da dignidade da pessoa humana: direitos subjetivos são protegidos, procedimentos administrativos garantidos; o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público; etc. A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal”. (ÁVILA. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, p. 109).

Paulo Ricardo Schier desenvolve hipóteses de relação entre interesses públicos e interesses privados. A primeira hipótese seria a harmonia dos interesses públicos e privados como regra (ex.: propriedade privada deve ter função social); a segunda hipótese: o Poder constituinte originário opta, *a priori*, pela prevalência de um interesse sobre o outro (art. 5º, XXV e XI); a terceira hipótese diz respeito à possibilidade da lei infraconstitucional limitar interesse privado em favor do interesse público: nesse caso, é proibido o excesso, observando a razoabilidade, proporcionalidade (exemplo: art. 5º, XII); por último, quarta hipótese: colisão de interesses públicos e privados que não estão explícitos na Constituição e que dependem de análise do caso concreto (no contrato administrativo,

proteção dos direitos fundamentais é um dos fatores que legitimam o sistema constitucional brasileiro e o próprio Estado Constitucional<sup>297</sup>, limitando-se a ação estatal sobre o cidadão, garantindo que interesses particulares não sejam ignorados de acordo com a discricionariedade estatal.

No outro pólo, a Carta política garantiu que a satisfação das necessidades públicas passa a ser uma das tarefas<sup>298</sup> primordiais do Estado Constitucional. Cabe a ele procurar resolver desigualdades sociais e buscar o bem-estar do povo.<sup>299</sup> É a satisfação de interesses públicos. Com tal medida, surge um impasse: como equilibrar interesses públicos e privados, já que ambos possuem a mesma importância para o sistema constitucional? Deve-se admitir que esses interesses públicos também podem ser configurados como interesses particulares e, mesmo que indiretamente, são garantidos pelos direitos fundamentais, sendo, de fato, não colidentes *a priori*.

Não há como defender a existência do princípio “da supremacia”. Primeiro, porque um princípio é, acima de tudo, uma norma e, sendo uma norma, deverá ser aplicada sem a necessidade de se referir a outra norma. É auto-aplicável, portanto. Não há motivo para, quando se aplica o princípio da isonomia, se referir a outro princípio para que seja aplicado legitimamente. Ou seja, a aplicação do princípio da “supremacia do interesse público” já pressupõe um conflito, afirmando que o interesse público está sempre sobre o interesse particular, e, em alguns casos, sobre direitos fundamentais representantes deste interesse.<sup>300</sup>

---

por exemplo)” (SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 101).

<sup>297</sup> SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 87.

<sup>298</sup> Tal como a classificação de Jorge Miranda: “a tarefa mais não é que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material (Teoria do Estado e da Constituição, p. 231).

<sup>299</sup> Art. 3º, Constituição Federal.

<sup>300</sup> “Haberlas advierte de que ‘no todo derecho (puede...) imponerse frente a un bien colectivo en la decisión de un caso concreto, cuando se presente cierto contexto concreto de fundamentación’. Sin embargo, los derechos deben ceder ante los bienes colectivos sólo cuando la precedencia de un bien colectivo ‘pueda fundamentarse a la luz de principios’. Por tanto, ‘en definitiva sólo los derechos pueden tenerse en cuenta en el juego de la argumentación’”. (ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 133). Como afirma Alexy, “si se exige una disolución completa de los bienes colectivos en los derechos individuales, entonces debe concluirse que no todos los bienes colectivos que están en capacidad de justificar la restricción de derechos fundamentales, pueden ser reconducibles a derechos individuales. Si, por el contrario, sólo se exige que los bienes colectivos procedan de alguna manera de los derechos individuales, entonces, el criterio de la reconducción no es idóneo para limitar el círculo de los bienes colectivos. (ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 134)

Interesses, ademais, nem podem ser considerados termos jurídicos, haja vista que, para tanto, há a necessidade de estarem positivados na Constituição. O que se está dizendo, quando se afirma a existência do “princípio da supremacia”, é que um termo não jurídico tem precedência sobre normas jurídicas.

O maior revés é o uso do termo como uma carta branca para buscar uma fundamentação de qualquer decisão ou argumento do Estado. O mal uso acarreta insegurança jurídica, já que, pela indefinição do conceito de interesse público e pela aceitação do “princípio da supremacia do interesse público” pela doutrina, o Poder Judiciário, em suas sentenças, o Poder Executivo, em seus atos administrativos, vêm agindo de forma a contorcer o ordenamento jurídico para haja embasamento [fraco] necessário às suas atuações, agindo de forma autoritária.<sup>301</sup>

Não apenas esses dois poderes, mas também a atuação do Poder Legislativo, em certos casos, vem sendo pautada por uma falsa “supremacia do interesse público”, que acaba por fundamentar qualquer ato que pratique, especialmente quando possui relação com limitação de direitos fundamentais, como é o caso da sua atividade investigatória.

Conforme o objeto deste trabalho, tem-se por evidente que a atuação do Poder Legislativo, quando assume papel de investigador, é, muitas vezes, fundamentada por interesses públicos que nem sempre os são. O que ocorre é a invocação de um princípio que nem mesmo é reconhecido pelo ordenamento jurídico e que a doutrina vem procurando, com muito esforço, desconstruí-lo. O pior: a confusão entre interesses particulares e direitos fundamentais, ou seja, a utilização do interesse público para justificar o afastamento desses direitos como se estivessem afastando simples interesses privados.

<sup>301</sup> BORGES. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?, p. 137.

Ainda: “Afirma-se que o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público é o alicerce fundamental do Direito Público, o que seria insuficiente para legitimar as decisões adotadas pelos administradores. Ora, juridicamente, o titular do interesse público é o povo, a sociedade (no seu todo ou em parte). Mas os governantes refugiam-se neste princípio para evitar o controle de seus atos pela sociedade. Fundamentar decisões no ‘interesse público’ produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do ‘interesse público’ imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva”. (JUSTEN FILHO. O direito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais, p. 39-41); No mesmo sentido, afirmam Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux que “l’intérêt général, qui justifie la limitation d’un droit ou d’une liberté constitutionnellement reconnus, est parfois explicité”. Dessa forma, “la protection de la santé est un objectif d’intérêt général justifiant les limites apportées à la liberté d’entreprendre”. Prosseguem dizendo que a Constituição poderá, sim, restringir direitos fundamentais com base num interesse coletivo, mas não poderá fazê-lo o legislador ordinário. (Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, p. 475-479)

No ordenamento constitucional brasileiro, o interesse público como pressuposto de justificação para que se dê o início dos trabalhos de uma comissão parlamentar de inquérito não está explícito, ao contrário do ordenamento espanhol, cujo art. 76 da Constituição afirma que as comissões poderão existir para investigar sobre qualquer assunto de interesse público. É evidente que a Carta espanhola exige que haja interesse público para uma investigação pelo Poder Legislativo, mas isso não significa que seja possível afastar direitos fundamentais em nome desse interesse.

Retornando à discussão, a doutrina vem se questionando sobre o fato do interesse público ser uma cláusula geral de restrição dos interesses privados, direitos fundamentais, ou seja, ela seria sempre precedente aos direitos fundamentais, os quais estariam condenados à subsidiariedade. A dúvida, portanto, é se existe um princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

Ocorre que, formalmente, há o equilíbrio entre os interesses públicos e os interesses privados. Não há conflito.<sup>302</sup> Por isso que é vedado falar em supremacia formal<sup>303</sup> de um ou de outro, mas em alguns casos podemos falar em prevalência concreta.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> “O interesse público, de tal maneira, não é de entidade superior ao interesse privado, nem existe contraposição entre ambos: o interesse público só é prevalecente, com respeito ao interesse privado, só tem prioridade ou predominância, por ser um interesse majoritário, que se confunde e assimila com o querer valorativo atribuído à comunidade.

Esta prevalência se funda, também, no fato de que o interesse público, concebido dessa forma, e como o caracteriza Gordillo, haverá de resultar em maiores direitos e benefícios para todos e cada um dos indivíduos da comunidade, que, por isso, justamente, aceitam voluntariamente aquela predominância, que lhes é vantajosa.

Esta prioridade e essa aceitação voluntária não se produzem quando, em um suposto interesse público – que já sabemos que, em realidade, não é tal –, não é possível reconhecer e distinguir uma maioria de interesses individuais, como ocorre quando se apresenta somente como um interesse do Estado, da administração, do partido governante, do hierarca, etc.

Por isso, tem-se sustentado, com razão, que o interesse público no qual cada indivíduo não possa encontrar ou identificar sua porção concreta de interesse individual, é uma simples falácia (Gordillo). (ESCOLA. El interes público como fundamento del derecho administrativo, 1989, p. 243).

<sup>303</sup> Sobre o tema, Gustavo Binenbojn afirma que “mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação erige-se hodiernamente em verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios fundantes do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um *Estado de Ponderação* (Abwägungsstaat). Nesse sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizadora de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública. Assim, as *relações de prevalência* entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do *jogo de ponderações*

A Constituição Federal não possui entre suas normas uma que negue tal equilíbrio. Pelo contrário, a proteção dos direitos fundamentais está em destaque e, apesar da prevalência da proteção à esfera privada, não nega a proteção simultânea à esfera pública. O equilíbrio é a resposta mais acertada, *a priori*. Nada impede, é claro, que concretamente aconteçam conflitos, mas não em tese. O interesse público somente poderá ser alcançado se o interesse particular for respeitado. Não apenas há o equilíbrio, mas existe até mesmo uma dependência recíproca entre os dois interesses.<sup>305</sup> Ambos os interesses só poderão sobreviver caso, da mesma forma, ambos sejam preservados. É de interesse público que sejam protegidos os interesses particulares, assim como é de interesse privado a realização do interesse público.<sup>306</sup>

Para Humberto Ávila, “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins”.<sup>307</sup> Os elementos privados estão entre os fins do Estado, e não apenas os públicos. Ressalta o autor que não é possível a confusão entre o fato de que o Estado deva orientar-se pelos interesses públicos e um princípio de prevalência do interesse público sobre o particular. São coisas diversas, pois defender que a bússola estatal é o interesse público não significa que ele sempre sobrepujará o interesse privado. Além disso, uma relação

---

*proporcionais* envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade” (Uma Teoria do Direito Administrativo, p. 33).

<sup>304</sup> “Não há que se falar em irrestrita supremacia do interesse público sobre o privado eis que o público só poderá prevalecer em determinadas condições que não impliquem em negação absoluta dos interesses privados” (SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 101). O autor traz algumas hipóteses, tais como o caso do art. 5º, XXV, em que somente no caso de iminente perigo público, o interesse público prevalecerá sobre o privado.

<sup>305</sup> Juarez Freitas pondera: “o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais. (o controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, p. 34-35).

<sup>306</sup> Daniel Sarmento, no mesmo sentido: “como se sabe, a idéia da dimensão objetiva prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que devem se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público” (SARMENTO. Direitos fundamentais e relações privadas, p. 82-83).

<sup>307</sup> ÁVILA. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, p. 111.

de prevalência denota, automaticamente, uma situação conflituosa entre ambos, o que não é verdade.

A proteção dos direitos fundamentais não são interesses apenas do indivíduo, mas é de interesse de toda a comunidade. Por exemplo, a vida e a propriedade, mesmo a liberdade, são representações jurídicas de interesses individuais e de toda a comunidade, pois impossível separar os interesses. Conflitos entre interesses particulares e públicos não são raros, mas alguns valores devem ser protegidos por ambos, sendo coincidentes, em regra, portanto.<sup>308</sup>

Refuta-se, nesta seara, uma cláusula geral que permita essa “supremacia”, que violaria os direitos fundamentais e dos princípios democráticos e da reserva de lei.<sup>309</sup> Novamente, a restrição dos direitos fundamentais, pois, só poderá acontecer através da própria Constituição – explicitamente – ou de lei<sup>310</sup>, se houver a autorização pela Carta – ou se houver necessidade de preservar a integridade do ordenamento. A proteção desses direitos é tão importante para o Estado de Direito que não podem ser extintos ou modificados, nem mesmo por emenda constitucional, haja vista a existência das cláusulas pétreas.

A lei não pode delegar poder discricionário ao administrador, para que ele decida sobre o afastamento dos direitos fundamentais. Não pode afastá-los em nome de um “princípio de supremacia do interesse público”, porque é do próprio interesse público a manutenção dos direitos fundamentais.

---

<sup>308</sup> HÄBERLE. La garantía del contenido esencial dos derechos fundamentales, p. 23-24. “Los derechos fundamentales son, como la garantía dada a la colectividad, componentes del orden público y son, al mismo tiempo, para el individuo, protección de bienes jurídicos”.

<sup>309</sup> “na verdade, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais – como a da supremacia do interesse público – implica também em violação aos princípios democráticos e da reserva de lei, em matéria de limitação de direitos, já que transfere para a Administração a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental. Ademais, dita indeterminação pode comprometer a sindicabilidade judicial dos direitos fundamentais, por privar os juízes de parâmetros objetivos de controle (SARMENTO. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional, p. 97).

<sup>310</sup> Conforme Guastini. “in primo luogo, la riserva di legge adempie una funzione liberale o garantista: serve, cioè, alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini contro il potere esecutivo”; “In secondo luogo, la riserva di legge adempie una funzione democratica: serve, cioè, a ricondurre la disciplina di certi oggetti sotto il dominio degli organi rappresentativi, che sono espressione della sovranità popolare, e nel cui seno hanno voce anche le minoranze politiche”. (GUASTINI. Il giudice e la legge, p. 75).



É permitido, então, que a lei module os direitos fundamentais desde que a Constituição Federal a permita, colocando-os abaixo ou acima do interesse público.<sup>311</sup>

A doutrina costuma afirmar que sempre são superiores os interesses públicos em relação aos interesses privados porque seriam os interesses públicos mais “nobres”. Admitir-se-ia até que, quando colidem interesses privados e públicos, que não são jurídicos, pois não são representados por normas, os públicos podem se sobressair em relação àquele, mas jamais com relação aos direitos fundamentais. Estes não podem ser considerados interesses e nem direitos passíveis de submissão absoluta.

Pensar dessa forma pressuporia a existência de um Estado autoritário, tal qual seria proporcionado pela teoria interna de restrições aos direitos fundamentais, como será tratado adiante e é criticada por Jorge Reis Novais, por dar margem à restrições com base em argumentos de “interesses do Estado”, ou “moralidade”, ou “construção do socialismo”, permitindo que o Estado possa realizar o que melhor entender com tais direitos.<sup>312</sup>

Direitos colidem com direitos e interesses com interesses e, nessas colisões, necessária a ponderação para solucionar o impasse. Não é possível afirmar que interesses públicos possam colidir com os direitos fundamentais, já que estes estão presentes na Constituição em forma de normas. Somente se houver interesses públicos representados por normas constitucionais será possível, então, a colisão. Por isso não há o que a doutrina costuma chamar de “princípio da supremacia do interesse público”, pois sequer é uma norma constitucional.<sup>313</sup>

---

<sup>311</sup> “pode a lei (i) definir o âmbito constitucional de cada direito fundamental, (ii) definir as restrições nos casos constitucionalmente autorizados, (iii) definir garantias e dispor condições de exercício, (iv) satisfazer o cumprimento de direitos fundamentais específicos quando tal consistir na criação de instituições ou prestações públicas (como no caso da generalidade dos *direitos sociais*), (v) definir meios de defesa e (vi) alargar o seu âmbito de incidência. Portanto, nem sempre a lei desempenha papel axiologicamente negativo perante os direitos fundamentais”. (SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 92).

<sup>312</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 321.

<sup>313</sup> Conforme Sarmiento (Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p 95), o fato do interesse público não fazer parte da Constituição (como norma jurídica), não podendo ser ponderado com os direitos fundamentais, por consequência, é “uma razão adicional para a recusa à admissão de um princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação dos direitos fundamentais. Como nem todo interesse público possui berço constitucional, não há como postular sua prevalência sobre tais direitos”. No mesmo sentido: “Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional ocorrem quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um

A Constituição de 1988 não diz, no decorrer do art. 5º, que existem interesses públicos ou interesses privados, mas direitos e garantias. Portanto, não há de se falar que, exemplificando, a proteção do sigilo de correspondência, comunicações e dados (do inciso XII, art. 5º, CF/88) é um interesse privado – ou interesse público – mas é acima de tudo um direito fundamental. Além do mais, é de se defender que esse direito é resultado de interesses públicos e privados concomitantes, como defende Häberle.

Esses direitos já não são interesses, pois passaram para um novo plano: o jurídico. São, agora, interesses jurídicos, representados por normas, não podendo ponderar ou colidir com interesses que não aqueles expressos dessa forma: normas. Aí, sim, alguns interesses públicos, se representados juridicamente, podem, sim, estar sobre normas de direitos fundamentais se colidirem.

Dessa afirmação retira-se que direitos fundamentais sempre estão sobre quaisquer meros interesses, sejam públicos ou privados - , que se contraponham a eles. Interesses só podem valer se estiverem constitucionalmente positivados e em consonância com os direitos e garantias previstos na Constituição, podendo ocorrer restrição a direitos somente se a Carta permitir – direta ou indiretamente.<sup>314</sup>

Como afirma Novais,

“mesmo que o legislador democraticamente legitimado entenda firmemente que a comunidade (...) [se] beneficiaria com essas medidas políticas, mesmo quando a maioria da população as exige, o interesse individual garantido juridicamente por um direito fundamental prevalece”.<sup>315</sup>

---

bem protegido pela Constituição. Nesta hipótese não se trata de *qualquer* *valos*, *interesse*, *exigência*, imperativo da comunidade, mas sim de um *bm* jurídico. Bens jurídicos relevantes são aqueles que a Constituição elegeu como dignos de especial reconhecimento e proteção” (CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, p. 233).

<sup>314</sup> Conforme lição de Alexy: “como se ha espuesto, los derechos tienen um status deontológico. Si del costado de los bienes colectivos se elige la versión axiológica, entonces uma colisión entre derechos individuales y bienes colectivos es una colisión entre cosas categorialmente diferentes.” (ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 188). No mesmo sentido, Daniel Sarmento: “Para Dworkin, os princípios em sentido estrito seriam sempre relativos a direitos, enquanto as diretrizes políticas estabeleceriam metas coletivas. (...) A partir daí, Dworkin, radicalizando a sua visão liberal e anti-utilitarista do Direito, afirmou que os princípios em sentido estrito, relacionados aos direitos fundamentais, não poderiam ser ponderados com as diretrizes políticas, devendo sempre sobrepujá-las. Direitos, para ele, podem ser afastados apenas em razão de outros direitos, mas não por considerações relacionadas ao interesse coletivo”. Entretanto, o autor não concorda com Dworkin, entendendo que é “constitucionalmente possível a restrição de direitos fundamentais com base no interesse público”, cuja compreensão não se compartilha neste trabalho. (SARMENTO. Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p. 85-89)

<sup>315</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 603 e 798. DWORKIN. Levando os direitos a sério, p. XV e 219.

A Constituição elegeu diversos direitos que pugnam pela proteção da coletividade como um todo e não individualmente, como o fazem primordialmente os direitos fundamentais. Por exemplo, o direito a uma Administração Pública que siga todos os “princípios” expostos no art. 37 da Carta. Essa é a proteção constitucional – por normas – do interesse público, ou seja, é uma obrigação da Administração e um direito do administrado à existência da moralidade, publicidade, legalidade, eficiência e impessoalidade. Se for necessária a restrição a direito fundamental, deverá ser baseada em normas jurídicas como essas.

### **2.2.3 – A restrição aos direitos fundamentais: outras hipóteses.**

A indisponibilidade dos direitos fundamentais se refere à possibilidade de afastamento de sua aplicação no momento da atividade legiferante e de reforma constitucional. Já a restrição possui relação com a aplicação desses direitos. Estudou-se que fundamentar uma restrição ao direito fundamental com base no “interesse público” (ou qualquer outro argumento com pretensão genérica) não é possível, mas pergunta-se se isso é possível em casos com outros fundamentos.

A questão central está na possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, sendo necessário impor limites para que essa restrição não ocasione o desrespeito por parte do aplicador da norma. Apesar da necessidade de se garantir os direitos fundamentais para a conservação do Estado de Direito, em alguns casos, é necessário diminuir a aplicação deles para permitir não apenas a existência do Estado, mas que a sociedade não seja prejudicada por atos ou interesses de um ou poucos indivíduos.

É preciso, como regra, que os direitos fundamentais sejam preservados, e a sua restrição seja exceção, ocorrendo somente em casos que tais direitos sejam utilizados para evitar que outros direitos fundamentais ou valores constitucionais sejam ignorados.<sup>316</sup> De um modo geral, há inúmeras normas que protegem os mais

---

<sup>316</sup> “Já se tornou lugar-comum a afirmação de que, apesar da relevância ímpar do papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.” (SARMENTO. Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p. 79); além disso, ver ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 134: “De lo anterior se desprende que el problema de la restricción de derechos individuales en razón de bienes colectivos no puede resolverse mediante

diversos direitos dos membros da sociedade e, devido ao fato de estarem na Constituição, o que, contudo, não os transforma em fundamentais, possuem a mesma importância, já que compartilha-se do entendimento de que todos os direitos constitucionais possuem o mesmo nível e devem ser defendidos ao mesmo tempo (princípio da unidade da Constituição).

As restrições aos direitos fundamentais são admitidas pelo ordenamento constitucional. Entretanto, são necessários limites, que podem ser chamados de “limites dos limites”, evitando a discricionariedade do aplicador.<sup>317</sup> Paulo Ricardo Schier, em estudo de limitações aos direitos fundamentais, afirma que: a restrição dos direitos fundamentais só pode se dar com autorização da Constituição; não há uma cláusula geral que permita as restrições; a restrição somente pode ocorrer através do Poder Constituinte Originário, ou por lei, se houver autorização constitucional expressa; não poderá o legislador transferir a faculdade restritiva à Administração Pública; a justificativa para a restrição é a garantia de outro direito fundamental – ou interesse ou bem constitucionalmente protegido – sendo vedado o excesso e a obrigação da observância do princípio da proporcionalidade; por último, as leis restritivas devem ter vinculação material com o princípio da preservação do núcleo essencial.<sup>318</sup>

Conforme Alexy, no caso de princípios as restrições só podem ocorrer quando um princípio colide com outro princípio, realizando a ponderação. Porém, ainda se critica o fato de não se saber de que forma é possível se alcançar a justa forma de ponderabilidade, devendo, por isso, haver um princípio da proporcionalidade. Tal princípio teria como função proporcionar uma ponderação racional, o que é uma das maiores incógnitas.<sup>319</sup> É diferente quando existe uma regra de direito fundamental, imponderável, portanto, só havendo restrição, em

---

una prioridad absoluta de aquellos sobre estos”; e também ALEXY. El concepto y la validez del derecho, p. 179.

<sup>317</sup> SARMENTO. Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p. 79-80. NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 727.

<sup>318</sup> SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 93.

<sup>319</sup> ALEXY. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 39. Segundo Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido” (Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, p. 239).

tese, quando há uma regra de exceção, ou seja, que determina uma exceção à regra.

É preciso ressaltar que apesar de se compreender a existência de inúmeras regras de direito fundamental na Constituição brasileira, defende Alexy o entendimento de que a

“consideração dos direitos fundamentais como regras, longe de garantir um protecção mais efetiva, acabaria mesmo por esvaziar os direitos fundamentais face às possibilidades de limitação que as Constituições sempre atribuem ao poder político, pois, consideradas como *regras*, estas possibilidades de limitação permitiriam fazer tudo, pelo menos até a fronteira nebulosa do conteúdo essencial do próprio direito”.<sup>320</sup>

É contra o “modelo puro de regras”, pois a segurança é apenas aparente.

Conforme Alexy, a restrição<sup>321</sup> dos direitos fundamentais podem ser classificadas da seguinte forma: restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais. Aquelas seriam vistas como “imanentes” (será abordado adiante), pois estaria no próprio espírito da regra, concepção que não compartilha o autor, dando como exemplo o direito fundamental de reunião, contanto que seja para fins pacíficos e sem armas. Essa disposição não é um “limite imanente”, mas é uma regra, uma cláusula de exceção, ou cláusula restritiva expressa e foi formulada pelo próprio legislador constitucional (no caso, o povo), que restringe um direito fundamental. Portanto, o direito de reunião possui caráter de regra.<sup>322</sup>

Essa restrição diretamente constitucional, como se viu, é expressa. Mais difícil é determinar quando há uma restrição constitucional tácita, como ensina Alexy. Para o autor, e de acordo com o Tribunal Constitucional Federal alemão,

“tendo em vista a unidade da Constituição e a totalidade dos valores protegidos por ela, (...) os direitos constitucionais de terceiros que

<sup>320</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 338.

<sup>321</sup> Alexy diferencia “restrição” e “cláusula restritiva”. Para ele, restrição corresponde à perspectiva do direito, enquanto cláusula restritiva, à perspectiva da norma. (Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 277).

<sup>322</sup> ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 278.

entram em colisão e outros valores jurídicos de caráter constitucional podem excepcionalmente limitar também direitos fundamentais irrestringíveis”.<sup>323</sup>

Esta decisão tem relação apenas com princípios (princípios constitucionais que entrem em colisão com princípios de direito fundamental), não regras. Isso confirma que, nem mesmo se expressamente não estiver prevista uma restrição, ela é possível de ocorrer, tendo em vista a unidade da Constituição e os valores, direitos, interesses que ela está protegendo, não sendo dispensável o exercício da ponderação. Constitui-se, pois, numa restrição não expressamente prevista no texto constitucional.

Alexy afirma existir as restrições indiretamente constitucionais, que são aquelas autorizadas pela Carta, e devem ser feitas por norma infraconstitucional, cuja competência (e autorização) para praticar a restrição deve estar expressa na própria Constituição – não se admitem, neste caso, autorizações implícitas ou tácitas. Dessa forma, outorga-se uma competência ao legislador ordinário para restringir um direito fundamental, permitindo uma certa liberdade na determinação dessas restrições.<sup>324</sup>

Puxando a mesma tendência, Daniel Sarmento, dividindo o entendimento de Canotilho, aceita a restrição – que chama de “limites” – em três casos: quando está presente na própria Constituição, quando está autorizada pela Constituição e deverá ser regulamentada por lei infraconstitucional, e quando não está expressamente prevista na Constituição. O primeiro caso, mais simples, já foi exposto, que é quando a própria Constituição, ao positivizar um direito fundamental, o restringe para proteger outro bem ou valor. Assim, mais uma vez está o direito de reunião, contanto que seja sem armas (art. 5º, XVI). No segundo caso, permite-se ao legislador ordinário a regulamentação do direito fundamental, ao invés de fazê-lo pela Constituição – esse modelo equivale às restrições indiretamente constitucionais, de Alexy. É claro que essa autorização não pode ser uma “carta branca”, deixando totalmente ao critério do legislador. Deve ter limites, também. É o que Sarmento nomeia de “limites dos limites”, configurando-se no seguinte:

“a previsão da restrição deverá ser mediante leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas, o respeito ao princípio da

<sup>323</sup> ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 281.

<sup>324</sup> ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 282.

proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão”.<sup>325</sup>

Na Constituição brasileira, art. 5º, existem alguns dispositivos que permitem que o legislador ordinário possa regulamentar tais restrições, ou, ao menos, determinar condições para que sejam efetivos. Então, exemplificando, vê-se o inciso XII, consistente em: “é inviolável o sigilo de correspondência (...), salvo (...) por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Tem-se, no dispositivo, uma regra que garante a inviolabilidade da privacidade e intimidade, podendo ser afastada apenas para determinados e expressos fins, por lei ordinária. Também há uma cláusula de exceção – restrição ao direito – , que se constitui numa regra que limita a outra regra – de direito fundamental (o sigilo). Outrossim, essa exceção ou restrição somente poderá ser concretizada por uma lei infraconstitucional, considerando uma “restrição indiretamente constitucional”. No caso em tela, não poderá o legislador permitir que, da mesma forma que o aplicador da norma (de acordo com o estudado acima), se afaste o direito fundamental do sigilo das comunicações com base no argumento do interesse público, que é um argumento fraco.<sup>326</sup>

Por último, cita o autor a possibilidade de restrições não autorizadas expressamente pela Constituição, que se origina do fato da Carta possuir outros direitos e princípios que possam colidir com direitos fundamentais, nos moldes da restrição constitucional tácita, de Alexy. Isso permite a convivência das normas constitucionais, que se colidem concretamente mas permanecem no ordenamento. *A priori*, no âmbito legislativo, poderá a lei definir os limites e restrições de cada direito fundamental, desde que a Constituição o permita. A partir de então, pode a norma infraconstitucional definir as garantias e condições para o exercício do direito fundamental, determinar a forma de agir do Estado para satisfazer o cumprimento deles e, inclusive, pode alargar seu âmbito de incidência. Questão mais complexa é

---

<sup>325</sup> SARMENTO. Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p. 90 e seguintes. Sobre o núcleo essencial, tratar-se-á adiante. Antecipando-se, o núcleo essencial seria o ponto dos direitos fundamentais cujo restrição é proibida, conforme BOROWSKY e HÄBERLE.

<sup>326</sup> SARMENTO. Interesses Públicos vs. Interesses Privados, p. 93.

a afirmação de possível restrição a direito fundamental sem que exista uma previsão expressa no texto constitucional.<sup>327</sup>

Existem hipóteses admitidas pela doutrina sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais sem que haja permissivo constitucional expreso. É de se afirmar que o alcance dos direitos fundamentais vão até o encontro dos direitos fundamentais alheios, além de outros valores constitucionais que também deverão ser observados. O direito à liberdade, portanto, é direito fundamental que pode ser usufruído na sua totalidade, exceto se essa liberdade ferir outros direitos alheios (como o direito à vida, à privacidade, à liberdade, etc.), sendo restringidos pelos demais direitos fundamentais e, ordinariamente, pelo Código Penal (que restringe a liberdade de criminosos condenados). Estas restrições não estão expressas na norma constitucional, mas presumem-se, tendo em vista a defesa de outros direitos, como o direito à vida.<sup>328</sup>

A colisão entre direitos e bens jurídicos é aceita pela doutrina tradicional. Nesse sentido, Canotilho afirma que são bens passíveis de proteção constitucional a “saúde pública”, “patrimônio cultural”, “defesa nacional”, “integridade territorial”, “família”. Ressalta o autor que são “bens jurídicos constitucionalmente recebidos”, e não qualquer bem pré-positivo ou outro valor.<sup>329</sup>

A restringibilidade dos direitos fundamentais deverá ser uma exceção, não regra. Dessa forma, não é qualquer argumento, qualquer interesse que possa

<sup>327</sup> Ainda, “las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales*. (ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, p. 272). Nesse sentido, ver também: SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 92.

<sup>328</sup> “No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um *conflicto positivo de normas constitucionais*, a saber entre uma norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é a da *máxima observância* dos direitos fundamentais envolvidos e da sua *mínima restrição* compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.

Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma *relação de conciliação* com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de *concordância prática* dos direitos ou interesses em conflito. Não pode falar-se em restrição de um determinado direito fundamental em abstracto, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesses constitucional diverso”. (CANOTILHO e MOREIRA. Fundamentos da Constituição, p. 133-134); Ver ainda HÄBERLE. La garantía del contenido esencial dos derechos fundamentales, p. 38. Defende o autor a limitação ao direito fundamental de liberdade pelo direito penal.

<sup>329</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1138. Traz o autor alguns exemplos: 1) “o direito de propriedade privada pode ser transmitido em vida ou em morte, mas o direito de transmissão e utilização é susceptível de vir a sofrer restrições impostas pela necessidade de defesa do bem ‘patrimônio cultural’”; 2) “o bem da comunidade ‘saúde pública’ pode conflitar com direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito da deslocação”.



sobrepujá-los sem que haja inconstitucionalidade evidente, evitando-se, pois, a discricionariedade do aplicador. O ordenamento jurídico português, na versão atual da Constituição de 1976, art. 18, n.º 2, afirma que “[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição”, deixando clara a intenção da Carta de impedir que o legislador ordinário possa modificar o conteúdo ou limitar a interpretação dos direitos fundamentais sem que ela própria permita – de forma expressa, grife-se.<sup>330</sup> A interpretação desse dispositivo, contudo, não encontra a guarida “decimonónica” que pode se pretender dar. Deve-se entender que ao legislador é vedado antecipar-se, legislando de forma a restringir direitos fundamentais formalmente. Sendo assim, o aplicador do direito, em caso concreto, poderá restringi-los se preciso for para manter a integridade do ordenamento constitucional.<sup>331</sup>

Essa noção é a mesma que admitir a hipótese de restrição diretamente constitucional tácita de Alexy, contornando a vedação total desse dispositivo da Constituição portuguesa. O risco é que tal liberdade possa proporcionar discricionariedade excessiva ao aplicador da norma. De fato, os direitos fundamentais são os pilares do Estado<sup>332</sup> e, portanto, não podem ser simplesmente descartados em nome de qualquer pretensão que pareça ser altruísta, mesmo que se entenda ser a restrição de “interesse público”. É preciso algo mais para que seja justificável.<sup>333</sup>

<sup>330</sup> NOVAIS. As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 15.

<sup>331</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 368.

<sup>332</sup> Conforme Paulo Ricardo Schier, “é a partir dos direitos fundamentais (...) que se deve compreender uma Constituição. Esses é que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder: Estado de Direito, princípio da legalidade, separação dos poderes, técnicas de distribuição do poder no território e mecanismos de controle da Administração Pública, por exemplo, são instrumentos que giram em torno da proteção daqueles direitos fundamentais que, embora historicamente tenham se desenvolvido e se modificado, permaneceram como núcleo legitimador do Estado do Direito.” (Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, p. 90).

<sup>333</sup> Conforme Häberle, “precisamente la corriente legitimación exclusiva de las ‘restricciones’ al derecho fundamental a partir de los intereses públicos es un claro ejemplo de una simplificación, tan errónea como frecuente, del problema. (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 25). O autor ainda defende que uma limitação aos direitos fundamentais somente poder se dar por norma do mesmo nível, que, no caso, é a norma constitucional: “Si se coloca a los derechos fundamentales bajo una reserva de este tipo, ello significa dos cosas: sólo pueden ser limitados para la protección de bienes de valor constitucional igual o superior, pero pueden ser limitados siempre que ello sea necesario para la protección de estos bienes jurídicos. El valor de los

Portanto, uma restrição que não esteja expressa no texto constitucional é possível, mas somente perante casos concretos, e não formalmente pelo legislador ordinário. Destarte, não estando expressa na Constituição a forma pela qual poderá ser elaborada lei restritiva de direito fundamental, não poderá o Poder Legislativo legislar quanto ao tema, antecipando formalmente a restrição, devendo o Estado, quando atuar, aplicar o direito fundamental o mais amplamente possível (conforme visto acima).

Jorge Reis Novais traz em sua obra três teorias acerca da restrição aos direitos fundamentais para os casos não expressos, as quais nomeou de teoria externa, teoria interna, e o modelo dos princípios. Para este, utilizou-se de Dworkin e Alexy, enquanto para a interna, a teoria de Häberle. Para o autor, a norma do art. 18, n.º 2, da Constituição Portuguesa não pode ser tomada literalmente.

A teoria externa, também chamada de “pensamento de intervenção e limites”, “centra-se na função de defesa (protecção da liberdade e propriedade contra intervenções estatais dos direitos fundamentais (...)) e constitui um modelo essencialmente orientado para o controlo da legitimidade constitucional das intervenções estatais restritivas”.<sup>334</sup> Como Carl Schmitt defendia, a liberdade deve ser em princípio ilimitada, enquanto que caberá ao Estado, limitadamente, restringi-la. A liberdade não pode ser uma barreira contra o Direito, porque ela mesma é garantida pelos direitos fundamentais.

Sendo assim, “uma restrição de direitos fundamentais é, então, uma acção estatal que afecta, primariamente, o bem jusfundamentalmente protegido, cuja extensão e delimitação foram apuradas através da interpretação jurídica da norma de direito fundamental”. Portanto, o que é restringido é “o bem e protecção do direito fundamental, ou seja, a liberdade (...)”.<sup>335</sup> Aliás, esse controle

---

derechos fundamentales y de los bienes jurídicos que los limita hay que determinarlo exclusivamente a nivel constitucional. (p. 34).

<sup>334</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 292.

<sup>335</sup> “Ou seja: se há uma norma constitucional de direito fundamental que me garante o direito a uma delimitada liberdade religiosa e se, posteriormente, é emitida uma norma de direito ordinário que proíbe, impede ou dificulta o exercício de determinada modalidade do culto religioso até então ali compreendida, pode dizer-se, de acordo com a definição proposta, que há aí uma restrição ao direito fundamental.(...)”

Na medida em que a quantidade de liberdade de culto que me é, agora, garantida diminui, poder-se-á dizer que diminui, conseqüentemente, a extensão objectiva do bem garantido pela liberdade jurídica de exercer ou não a liberdade religiosa, bem como pelas referidas pretensões de omissão ou de acção positiva do Estado, mas, em si, essas mesmas pretensões não foram reduzidas, uma vez

constitucionalmente adequado e efetivo das intervenções restritivas na liberdade, chamado de pensamento de intervenção e limites (ou teoria externa), possui duas linhas metodológicas fundamentais: “a não identidade entre o âmbito de protecção do direito fundamental e o seu âmbito de garantia efectivo e, de outro lado, a separação clara entre conteúdo e limites do direito fundamental”.<sup>336</sup>

Essa distinção é, no entendimento de Novais, acatada pela Constituição no momento em que ela consagra os direitos fundamentais, de um lado delimitando o âmbito de protecção do direito fundamental, mas, de outro, pelas cláusulas de reserva, coloca-o

“condicionalmente à disposição dos poderes constituídos, na medida em que permite que estes intervenham naquele âmbito de protecção desde que observem os requisitos constitucionais exigidos. É dessa conjunção entre âmbito de protecção e possibilidades constitucionalmente reconhecidas de restrição do direito fundamental (...) que resulta, a final, um âmbito constitucional de garantia efectivo, imune, já, a qualquer intervenção”.

Importante ressaltar, dessa concepção, que limites e intervenções aos direitos fundamentais são termos diferentes. Limites, para o autor, seriam as fronteiras determinadas pela própria Constituição ou pelo legislador ordinário que regulamente as cláusulas de exceção, enquanto que intervenção é quando o próprio legislador ordinário ou o aplicador da lei intervém no âmbito de protecção do direito fundamental.<sup>337</sup>

Tal modelo do “pensamento de intervenção ou limites”, conforme Novais, é mais que um modelo teórico, pois serve para o controle das restrições aos direitos fundamentais, cujo trabalho é determinar se uma intervenção estatal tem justificação constitucional e se preenche os requisitos constitucionais exigidos. É um

---

que continuo a ter idêntica liberdade jurídica, bem como a pretensão de que o Estado não invada a área que me é garantida de culto religioso e que me proteja de eventuais agressões de outros particulares nesse domínio garantido. Aquilo que for restringido foi o bem de protecção do direito fundamental e não as diferentes pretensões que o integram; estas sofreram apenas, reflexamente, os efeitos daquela restrição”. (NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 296-297)

<sup>336</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 298. No mesmo sentido, Borowski afirma que “la teoría externa presupone la existencia de dos objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho *prima facie* o derecho no limitado, el segundo la restricción de ese derecho. Como resultado de la restricción se obtiene el derecho definitivo o limitado”. (BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales, p. 66-67).

<sup>337</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 299-300.

modelo que tem como objetivo limitar a atuação da intervenção estatal, sendo os limites e restrições construtivamente colocados de fora, são externos ao conteúdo do direito fundamental em si, e por isso se chama teoria externa.<sup>338</sup>

Ela tem um grande ponto positivo: a separação entre o “domínio jusfundamentalmente protegido e autorização para intervir nesse domínio”, permitindo uma intervenção de acordo com a Constituição, e proporcionando objetividade e segurança jurídicas, evitando uma intervenção impertinente do legislador ordinário ou do Estado. Mas, infelizmente, esse modelo também contém desvantagens, pois funda-se “exclusivamente nas diferenciações operadas em abstracto e em dado momento histórico pelo legislador constituinte”. O autor exemplifica a desvantagem da seguinte forma: caso dois Estados possuam exatamente duas Constituições idênticas, democráticas, além de serem signatários dos mesmos tratados e convenções internacionais, conflitos de valores jusfundamentais são decididos de maneira opostas, não pelo aplicador, nem pelo juiz, mas o legislador constituinte de um dos países dotou um direito fundamental de reserva, enquanto no outro, não. Este jamais poderá sofrer restrição, ao contrário daquele. Por isso, deverá o aplicador buscar uma saída, que poderá ser encontrado nos limites imanentes, determinados pela teoria interna.

Principalmente para Häberle, a teoria externa sofreu uma crítica forte, trazendo-se como alternativa a teoria interna, dos limites imanentes. De acordo com essa teoria, o Estado recebe a tarefa constitucional de assegurar as condições de realização da norma de direito fundamental. Destarte, “isso significa que a tarefa estatal de criação das condições de uma liberdade real é imanente à essência dos direitos fundamentais (...)”, sendo que o Direito não é mais visto como uma ameaça à liberdade, como ocorre com o modelo externo, mas como uma garantia de realização, “à medida que juridicamente a conforma e delimita”.<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 300-301. Conforme o autor, “na perspectiva da teoria externa, os direitos fundamentais fornecem uma protecção que vale em âmbitos de vida diferenciados (religião, arte, família, trabalho, etc.), retirando às entidades públicas a possibilidade de afectarem desvantajosamente os particulares no domínio protegido ou, no mínimo, impondo ao Estado o ónus de justificar eventuais intervenções que aí pretenda realizar”. (p. 303).

<sup>339</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 311. Conforme Häberle, “El concepto de los límites immanentes (...) muestra que la concretización de los límites admisibles de los derechos fundamentales no es un proceso que afecte a los mismos desde fuera. Entre los derechos fundamentales y sus límites o los bienes jurídicos protegidos por éstos existe una relación estrecha a la que sólo se puede hacer justicia

Haveria, no âmbito dos direitos fundamentais, de acordo com Häberle, dois tipos de reservas: de conformação – “que remetem para o legislador a substancialização do conteúdo dos direitos fundamentais” – e as reservas de delimitação ou de ponderação de bens – “que abrem caminho para o legislador delimitar os direitos fundamentais face aos bens de valor igual ou superior que se apresentem em colisão com eles”. As normas ordinárias não seriam restrições aos direitos fundamentais, mas conformações, especificações dos conteúdos, sendo que em alguns casos o próprio legislador as determina. Ademais, a Constituição acolhe no conteúdo essencial dos direitos fundamentais a idéia de ponderação entre os direitos e valores dignos de proteção constitucional.<sup>340</sup>

O conteúdo e limites de cada direito fundamental somente pode ser determinado mediante processo de ponderação de bens, cabendo ao legislador a atualização dos limites imanentes. A imanência que trata esse modelo significa que existe uma unidade entre o conteúdo e os limites de um direito fundamental, cujo âmbito de exercício só pode ir até um determinado limite que, se ultrapassar, ferirá bem jurídico de valor igual ou superior. Por isso, precisa de lei conformadora. Porém, de qualquer forma, não se está falando de verdadeira restrição, pois os limites já estão determinados na própria Constituição, determinados desde a feitura da norma – *ab initio*. Enfim, “a legislação feita com base nas reservas não trataria, com efeito, de constituir limites, mas de interpretar ou revelar as *fronteiras* do conteúdo constitucional dos direitos fundamentais”.<sup>341</sup>

---

caracterizándola como conforme a la esencia. Los límites de los derechos fundamentales conforme a la esencia asignan a cada uno de ellos el lugar que ocupa desde el principio en el conjunto constitucional”. (HÄBERLE. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 52). Ainda, segundo a teoria interna dos direitos, “existe desde un inicio el derecho con cu contenido determinado. Toda posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Desde este punto de vista, hay sólo un objeto normativo: el derecho con sus límites concretos. Según un uso lingüístico generalizado, los límites del derecho sob ‘inmanentes’”. (BOROWSKI. La estructura de los derechos fundamentales, p, 68).

<sup>340</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 312.

<sup>341</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 313-314. Segundo Häberle, “para la determinación de los límites inmanentes se necesita a la ponderación de bienes, (...) una ponderación de bienes con relación a la cual se toma en cuenta tanto el postulado de la ‘significación de los derechos fundamentales para la vida social en su conjunto’ como el del carácter de regla y de principio constitucional de tales derechos. (...) Se prohíbe al legislador internarse ‘con finalidad restrictiva’ en el ámbito protegido ‘de modo absoluto’, dentro del cual están los límites inmanentes al derecho fundamental”. (HÄBERLE. La garantía del contenido esencial dos direitos fundamentais, p. 54.)

Não há, por Häberle, a “figura de restrição legítima” de um direito fundamental, pois a liberdade é constitucionalmente relevante se se mantiver dentro dos limites imanentes essenciais dos direitos fundamentais. Fora do limite não há direito fundamental para ser protegido; e dentro, não há de se falar em restrição, mas apenas em violação. Portanto, o legislador poderá somente conformar o conteúdo, delimitando-o em relação aos demais valores constitucionais de valor igual ou superior. Se invadir os limites imanentes, estará violando o limite imaneente do direito. Conclui-se, pois, que a idéia de restrição só teria lugar na teoria externa.<sup>342</sup>

Com o modelo interno, no momento em que os direitos fundamentais consagram-se na Constituição formal, a restrição torna-se impossível (o problema desaparece). Somente é permitida a conformação, delimitação, concretização e revelação dos conteúdos. Ao legislador ordinário apenas seria permitido apenas destacar tais limites, enquanto que ao juiz seria deferido apenas o poder de “dissipar a névoa”.<sup>343</sup>

É evidente que esse modelo traz complicações. O problema de controle que existia no modelo externo, ou seja, controle para se constatar violações, somente se desloca, não desaparece. Isso porque a legitimidade de uma restrição ainda deverá ser verificada para saber se não ocorreu a violação do direito fundamental no momento em que se realiza a conformação. Isso é um problema, pois estar-se-á legitimando a ação restritiva do Poder Público, já que não será necessário fundamentar as eventuais colisões de bens constitucionais, bastando afirmar a presença de limites imanentes.

É um defeito da teoria, pois permite que determinados termos possam reduzir, restringir direitos fundamentais sem a devida fundamentação. Novais diz que termos como “interesse nacional” ou “interesse do Estado” acabam sendo falsos argumentos para possibilitar a atuação estatal. No contexto deste trabalho, temos o argumento do “interesse público”, que (falsamente) justifica o afastamento de um direito fundamental.

---

<sup>342</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 314.

<sup>343</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 316-317.

Por fim, para Novais, há o modelo de Alexy e Dworkin, ou seja, o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios (e regras), já abordado acima e que não há necessidade de se repetir por inteiro, mas deve-se apenas apurar algumas arestas. Segundo Alexy, um “modelo puro de regras”, ou seja, sem nenhum princípio, não proporciona a segurança prometida, já que é impossível, especialmente na Pós-modernidade, em que se observa extenso pluralismo, lidar com todas as situações da sociedade de forma engessada.

Pela teoria de Alexy, não haveria restrições ou limites aos direitos fundamentais criados com normas “de fora” – teoria externa – ou limites imanescentes – teoria interna – mas os direitos fundamentais seriam representados por princípios, que são normas *prima facie*, e dependem de ponderação para serem aplicadas no caso concreto. Assim, quando um princípio se choca com outro, um deverá ceder.

Tal qual o modelo externo, este modelo dos princípios proporciona um controle efetivo, haja vista ser preciso determinar quais princípios se chocam e fundamentar a decisão a que se chega. O Estado deverá, portanto, motivar suas decisões para que sejam consideradas de acordo com o ordenamento jurídico.

A diferença entre as regras e princípios é evidente, pois estes precisam de ponderação e juízos complexos, ao contrário daquelas, que serão aplicadas ou não, requerendo simples subsunção. Assim, um objeto de proteção tal como a vida pode ser objeto de um princípio (protege-se a vida, exceto nos casos de pena de morte) ou de regra (a pena de morte é proibida em qualquer caso). Mas há certos direitos fundamentais, na concepção de Alexy, que possuem verdadeira face de regras, a despeito da aparência principiológica.<sup>344</sup>

O próprio Alexy procura resolver esse problema com as normas de duplo caráter, podendo ser, concomitantemente, regra e princípio, mas, de qualquer forma, o caráter dessas normas seria o de regras, como defendido por Virgílio Afonso da Silva.<sup>345</sup> Se se entender que o que é ponderável não é o princípio em si,

<sup>344</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 347.

<sup>345</sup> “El hecho de que, a través de las disposiciones iusfundamentales, se estatuyan dos tipos de normas, es decir, las reglas y los principios, fundamenta el carácter doble de las *disposiciones* iusfundamentales. El que las disposiciones iusfundamentales tengan un carácter doble no significa que también lo compartan las *normas* iusfundamentales. Por lo pronto, ellas son reglas (por lo general, incompletas) o *principios*. Pero, se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se

mas o seu conteúdo, o bem protegido (o objeto de um comando de otimização e não o comando de otimização propriamente dito), a diferença regra-princípio poderia ser esquecida, pois seria irrelevante (Borowski).<sup>346</sup>

Novais, a despeito da consciência da separação regra-princípio, entende que a distinção entre ambos fica bem clara nos chamados *casos fáceis*, de Dworkin, mas nebulosa nos *casos difíceis*.<sup>347</sup> Na realidade, não há como definir uma separação absoluta entre regras e normas, pois ambas se complementam no momento da aplicação na norma jusfundamental. Por exemplo, o direito à vida poderá ser tido como princípio, regra, princípio e regra, da mesma forma que é possível se observar o direito à inviolabilidade da intimidade como princípio e a exceção (a possibilidade de violar a intimidade mediante ordem judicial para fins de instrução criminal) como regra.

Sobre a divergência entre as formas de restrição (e os limites dos limites) aos direitos fundamentais representados por regras ou princípios, muito pode ser elucidado pela teoria do núcleo (ou conteúdo) essencial, que teria como função a garantia plena de um mínimo conteúdo de um direito fundamental que jamais pode ser restringido. É, portanto, uma esfera de proteção absoluta da minoria (são seus *trunfos*).

No Direito espanhol, em sua Constituição, há uma tipificação da “teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”. Existem muitas variantes, que podem ser descritas da seguinte forma, conforme Martin Borowski: teoria subjetiva e objetiva. De acordo com a primeira, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais considera tais direitos como subjetivos; já pela teoria objetiva, os direitos fundamentais são instituições objetivas do sistema jurídico.<sup>348</sup>

Ainda existem, segundo o autor, as teorias relativa e absoluta dos direitos fundamentais. Conforme a primeira, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser determinado através da aplicação do princípio da

---

incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación. (ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, p. 135).

<sup>346</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 349.

<sup>347</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 350.

<sup>348</sup> BOROWSKI. La estructura de los derechos fundamentales, p. 97. Sobre o tema, ver ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 286; NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 779 e seguintes.



proporcionalidade *lato sensu*. Dependê-se-á, pois, de uma ponderação. Isso pressupõe o caráter de princípio das normas de direito fundamental. Já quanto à segunda, existe um núcleo fixo que não depende de ponderação, tendo, assim, caráter de regras.<sup>349</sup>

Por fim, é possível trazer uma teoria mista do conteúdo essencial (absoluta mais relativa). Segundo essa compreensão, indaga-se se uma norma de direito fundamental poderia ser regra e princípio ao mesmo tempo. Pondera Borowski que o ponto de partida estaria no núcleo absoluto do direito fundamental, que não poderiam ser restringidos pelo Estado em nenhuma hipótese. Isso só seria admissível se fosse respeitado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, realizando, pois, ponderação. O problema, por evidente, é determinar onde está o núcleo absoluto de cada direito fundamental.<sup>350</sup>

De qualquer forma, “a garantia do conteúdo essencial assim entendida pode, nesse sentido, constituir um factor complementar de limitação da restrição actuada e justificada com base numa ponderação de bens, através dessa exigência de preservação de uma posição jusfundamental *mínima*”. O conteúdo essencial de um direito, por mais que não seja definitivamente identificado, pode, pelos Tribunais Constitucionais, ser um instrumento eficiente de proteção aos direitos fundamentais, devendo, evidentemente, ser baseada no instituto da ponderação.<sup>351</sup>

Metodologicamente, o tal recurso (ponderação) para a restrição dos direitos fundamentais faz-se extremamente necessário como instrumento para se chegar a uma resposta mais próxima do ideal.<sup>352</sup> É claro que, como já se disse, há direitos absolutos, que são imponderáveis e irrestringíveis, mas aqueles que não o são, de acordo com Novais, podem ser restringidos, independente de autorização expressa pela Constituição. A ponderação dos bens, para parte da doutrina, poderia acarretar uma falta de segurança para a efetividade dos direitos fundamentais, mas, conforme Novais e Alexy, a atividade garante a existência do Estado de Direito e da democracia, já que alguns bens constitucionais devem ser restringidos para que o

<sup>349</sup> BOROWSKI. La estructura de los derechos fundamentales, p. 99-100.

<sup>350</sup> BOROWSKI. La estructura de los derechos fundamentales, p. 100-101.

<sup>351</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 798.

<sup>352</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 357.

abuso do exercício de um direito fundamental não acabe prejudicando o sistema constitucional.<sup>353</sup>

A restrição formal, que é realizada pelo legislador ordinário, é possível unicamente nas hipóteses determinadas expressamente na Constituição Federal e, por isso, mais um motivo pelo qual se defende a necessidade do instrumento da ponderação. Além do mais, tal instrumento permite que possa ocorrer o controle da restrição realizada, incluindo o controle de constitucionalidade de tal medida. A ponderação permite verificar quando uma restrição é necessária e se é lícita no ordenamento jurídico.<sup>354</sup>

Denota-se a não normatização dos direitos fundamentais somente por regras a impossibilidade do Constituinte Originário conhecer e prever todos os casos em que seja necessária a restrição a tais direitos. Em alguns casos, o Constituinte poderá determinar que, devido à importância de certo direito fundamental, deverá ser representado por uma norma-regra, ponderando *a priori* bens constitucionais e definindo quando será possível a restrição. Torna-se um mandamento quase absoluto, e, se necessário, um direito absoluto (como, por exemplo, no Direito brasileiro, o direito fundamental do devido processo legal, que não admite qualquer restrição ou ponderação).

E, admitindo a necessidade da ponderação para o caso de colisão de princípios, ela deverá também possuir seus limites (“limites dos limites”), pois

“se se remetesse inteiramente para juízos de valor dos poderes constituídos a responsabilidade da determinação do sentido e da medida da prevalência relativa dos bens em colisão esvaziar-se-iam os direitos fundamentais, na prática, da força normativa com que o legislador constitucional os pretendeu dotar”.<sup>355</sup>

Não haveria sentido em determinar alguns direitos fundamentais constitucionais se fossem passíveis de serem compreendidos, ponderados e restringidos da forma como o aplicador desejasse.

---

<sup>353</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 571.

<sup>354</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 573.

<sup>355</sup> NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 575.

Por isso, faz-se necessário determinar entre os direitos fundamentais da Constituição Federal quando há uma regra e quando há um princípio, ou seja, quando se deve fazer a ponderação e quando somente deverá o aplicador acatar a norma jurídica através da subsunção, que, como já havia se afirmado, pressupõe uma ponderação *in abstracto* e anterior à Constituição dos bens constitucionais existentes.

Toma-se como exemplo a norma da isonomia aplicada em relação entre homens e mulheres. Em primeiro lugar, trata-se de um princípio, não de uma regra, haja vista a possibilidade de ser aplicada em diferentes graus e podendo colidir com outros bens constitucionais. A textura é aberta. O texto constitucional afirma, assim, a igualdade entre as pessoas (“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”), podendo tal dispositivo ser ponderado conforme o caso concreto com outros princípios ou bens constitucionais, como situações de periculosidade e atividades que só possam ser desempenhadas por um dos sexos (como polícia feminina), vedações não expressamente contidas na Constituição, mas possíveis de ocorrer no caso concreto.<sup>356</sup> Não se está fazendo uma restrição a um direito fundamental de forma discricionária e autoritária, mas o aplicador está cumprindo a Constituição, pois impede que outros bens constitucionais possam ser violados com o excesso do exercício do direito de igualdade.<sup>357</sup>

É claro que o risco de que os direitos fundamentais possam ser violados pelo legislador infra-constitucional existe, ou seja, como representantes da vontade

---

<sup>356</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, p. 22-23) ensina que é lícita, por exemplo, em caso de uma epidemia que atinja uma determinada raça entre os humanos, que sejam contratados enfermeiros da raça refratária para combater a doença”. Portanto, “se uma medida estatal discrimina a alguém em razão de seu sexo e essa discriminação não está justificada por um princípio contrário que tenha maior peso, então essa discriminação está proibida”. Por fim, “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada” (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, p. 50).

<sup>357</sup> É claro o caráter de princípio da norma que garante a igualdade entre as pessoas, independentemente do sexo. Isso porque não há entre as normas de direito fundamental, que são cláusulas pétreas, qualquer regra de exceção à norma, e, então, o caráter da norma de isonomia é de princípio. A despeito da Constituição definir algumas exceções, como as presentes entre os direitos sociais (art. 6º, XVIII e XX – direitos da mulher trabalhadora e art. 143, § 2º), elas não são cláusulas pétreas (e por isso podem ser modificadas), possuindo, portanto, caráter regulamentador do princípio. *Mutatis mutandis*, seria uma norma infraconstitucional que regulamentasse uma norma constitucional. O princípio da isonomia é uma exceção entre as normas de direito fundamental, pois mesmo possuindo caráter *prima facie*, prevê algumas hipóteses de exceção, quando determina “nos termos dessa Constituição”, mas assim mesmo não fecha o leque possível de exceções, as quais poderão ser definidas por ponderação com outros bens e valores constitucionais.

popular, o legislador poderá afastar, conscientemente ou não, a aplicação dos direitos fundamentais ao novo dispositivo legal, ignorando a existência de normas superiores imodificáveis pela vontade da maioria ou, até mesmo, da totalidade dos membros de uma sociedade. Da mesma forma, o juiz ou o Administrador poderão, ao praticar atos, também desrespeitar os direitos fundamentais. Não obstante, é preciso correr esse risco, pois o prejuízo será certamente maior ao se engessar toda a possibilidade de restrição não expressamente prevista de direitos fundamentais.<sup>358</sup>

Importante ressaltar que a lei não poderá, por si só e formalmente, sem qualquer autorização constitucional, alterar, limitar, restringir, dispor dos direitos fundamentais. O que se defendeu, a partir do ponto de vista de Novais, foi a possibilidade de restrições no momento concreto de aplicação dos direitos fundamentais, e não a faculdade do legislador ordinário antecipar-se nas restrições não expressamente autorizadas.

Quando ocorrem casos dessa natureza, caberá ao Poder Judiciário o controle, chamado de “controle contramajoritário”. Isso acontece no caso da ação direta de inconstitucionalidade, em que o juiz decide, *a priori*, contramajoritariamente (declara que uma lei, decidida pela maioria, não está de acordo com a Constituição). É legítimo, sim, esse poder de declarar que uma regra definida discursivamente está em desacordo com a carta constitucional, haja vista que nela já existem princípios superiores que também foram discursivamente decididos democraticamente e que sempre deverão ser respeitados. Nesse caso, a necessidade da integridade do ordenamento se impõe, sendo a Constituição Federal o limite para as decisões democráticas da maioria.<sup>359</sup>

---

<sup>358</sup> No caso português, do art. 18, n.º 2, em que se vedam quaisquer restrições não autorizadas, fica patente o receio de se deixar a responsabilidade de restrições ao legislador infraconstitucional. Nesse sentido: NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 586-597.

<sup>359</sup> A objeção contramajoritária é um instrumento de proteção da minoria contra atos legislativos que atentem contra direitos fundamentais. Da mesma forma que as comissões parlamentares de inquérito são instrumentos de proteção da minoria contra a atuação governamental. Conforme Alexy, “o Parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”, este evitando a dominação absoluta da maioria. Nesse sentido, afirma o autor que “direitos fundamentais e democracia estão reconciliados”. (ALEXY. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, p. 66).

### 2.3 – Os efeitos das restrições aos princípios e às regras de direitos fundamentais: conclusões parciais

É necessária a determinação da forma da norma jurídica que contém o direito fundamental, se regra ou princípio. Menos complexo, em princípio, identificar uma regra, ou seja, uma norma que já sofreu todas as ponderações formais possíveis pelo Constituinte Originário. Isso porque, quando há uma cláusula de exceção, presume-se que esta representa tal ponderação formal, excluindo automaticamente as demais possibilidades de ponderação.

Assim, para os casos de direitos fundamentais contidos em regras, apenas ocorrerá a subsunção, que é o processo de aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Pode-se dizer que a inafastabilidade do Poder Judiciário, tido pela doutrina como princípio – na compreensão de Celso Antônio Bandeira de Mello: como “mandamento nuclear” ou “disposição fundamental de um sistema”, conforme diferenciação de Virgílio Afonso da Silva – mas, na verdade, devendo ser considerado uma regra (uma norma-regra), haja vista a impossibilidade de ser aplicado em diferentes graus ou de ser ponderado com outro mandamento constitucional.

No caso das regras, portanto, para existir uma exceção, ou uma restrição, deverá estar prevista expressamente na norma, mediante outra regra, chamada cláusula de exceção. Se houver a conjunção de uma norma que prevê algo e outra que defina uma exceção, é de se afirmar, certamente, que se estará tratando de regras, não de princípios. Se se defender que a primeira norma, mais geral, é um princípio, não haveria necessidade de haver uma norma aplicando uma exceção à primeira, mas bastaria proteger *prima facie* o Direito, e o aplicador, posteriormente, faria as ponderações necessárias.

É de se destacar que não existem normas-princípio definitivas, absolutas, sempre sendo possível a ponderação. Nesses termos, a imponderabilidade de um direito pressupõe a existência de uma regra.

Mais complexa é a restrição a um direito fundamental representado por princípio, devido ao maior número de possibilidades em comparação à restrição às regras. Os princípios representam formas abertas numa Constituição, que permitem ao aplicador modulá-los conforme uma valoração de determinada situação. A

restrição deverá ocorrer de forma mais reflexiva, haja vista a responsabilidade de se pesarem caminhos diversos que podem resultar da ponderação.<sup>360</sup>

Foram observadas duas possibilidades de restrição (de normas-princípio): pela ponderação entre princípios de direito fundamental e em casos não expressamente previstos na Constituição (em que podem ser ponderados princípios e outros bens constitucionais).

Com relação à ponderação entre os princípios constitucionais de direitos fundamentais, Alexy traz como exemplo o conflito entre os princípios da liberdade de informação e do direito à integridade moral e da personalidade. Deverá o aplicador do direito determinar qual será o princípio que precederá o outro, ou seja, que virá antes, mas, para tanto, será preciso analisar o caso concreto. Supõe-se que uma emissora de televisão deseje veicular imagens de um crime (ou de documentos sobre o crime) ocorrido há muito tempo, cujo criminoso já tenha cumprido a pena e esteja reabilitado à vida em sociedade. Na hipótese, o aplicador da norma ponderará entre o direito de transmissão da imagem e o direito do cidadão reabilitado à integridade da personalidade. Como deve proceder o julgador nesse caso, que realmente ocorreu no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (caso do assassinato de soldados de Lebach)?

O julgamento realizou-se em três fases distintas: 1) constatou-se a tensão entre direitos fundamentais diferentes, ora nomeados P1 e P2. P1, por si só, conduziria à proibição da veiculação das imagens e P2, a sua permissão. Deve ser feita a ponderação, pois se trata de princípios, não regras, e nenhum tem precedência formal absoluta sobre outro; 2) após, verificou-se que P2 (liberdade de informação) precede P1 (direito à proteção da personalidade), mas se houver a condição C1 (informações atuais sobre delitos graves); 3) o Tribunal conclui que não existe C1, mas C2 (não é informação atual, não há mais o mesmo interesse, não é delito grave, há perigos à ressocialização), e, sendo assim, inverte-se a

---

<sup>360</sup> “Se é certo que uma perspectiva inspirada na distinção conceptual entre *regras* e *princípios* constitui um instrumento teórico de valia apreciável na fundamentação da natureza estrutural a atribuir às garantias de direitos fundamentais, particularmente no que se refere às possibilidades de restrição dos direitos fundamentais consagrados sem reservas, ela não pode dispensar o labor de interpretação jurídica das normas constitucionais tendente a apurar quando uma norma funciona como *regra* ou como *princípio*, o que, no fundo, significa determinar quando é que o legislador constitucional ponderou tudo quanto havia a ponderar ou quando deixou ainda, e com que alcance, uma margem de ponderação e valoração dos poderes constituídos”. (NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 580).

relação de precedência, com P1 (direito à proteção da personalidade) precedendo P2 (direito à informação).<sup>361</sup>

Constata-se, concretamente, que a ponderação é um exercício necessário no caso de conflito, podendo ser aplicada a norma em diferentes graus de efetividade. Em se falando de restrição ao direito fundamental restringido por regra, menos se necessita dizer. Uma regra vale por inteiro, ou seja, ou vale ou não vale, ou se aplica ou não se aplica ao caso concreto. Dessa forma, a única forma possível de restringir uma regra de direito fundamental é por outra regra que determine uma exceção à regra anterior.<sup>362</sup>

As normas-regra, ao menos à primeira vista, resultam uma segurança maior de proteção aos direitos fundamentais, evitando a maleabilidade ínsita aos princípios. Talvez por isso deu-se prioridade a ela no momento em que se positivavam os direitos fundamentais, apesar de existirem entendimentos contrários, como o de Virgílio Afonso da Silva.<sup>363</sup>

Estão presentes na Constituição Federal de 1988 direitos fundamentais que não possuem qualquer possibilidade de restrição, sendo, portanto, absolutos e, por isso, devem ser considerados regras. Neste sentido, afirma-se que o devido processo legal, por exemplo, é absoluto (é regra), além da vedação de tribunais de exceção, entre outros. Em tais situações, não é permitida nem a ponderação nem qualquer exceção, devendo ser cumpridos em todos os casos. Esses são direitos irrestringíveis e indisponíveis, necessários, sempre, para que a finalidade da Constituição e da sociedade seja alcançada.

Contudo, mesmo normas que à primeira vista sejam irrestringíveis, na verdade podem não ser, como por exemplo o direito à vida, que é ponderável, no ordenamento brasileiro, com o direito de dispor do próprio corpo, no caso de aborto terapêutico (em gravidez que acarrete risco de morte da mãe – art. 128, I, Código

---

<sup>361</sup> ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, p. 95 e seguintes.

<sup>362</sup> Pode-se trazer alguns exemplos de regras do art. 5º, da Constituição Federal brasileira: no inciso XXXVII, que determina que não haverá juízo ou tribunal de exceção, não é permitida a limitação por lei, já que a própria Constituição Federal não prevê essa possibilidade, configurando-se como um direito fundamental absoluto.

<sup>363</sup> Apesar deste ser o entendimento primeiro, nem sempre as regras e a sua conseqüente imponderabilidade trarão segurança. Conforme Virgílio Afonso da Silva, é “justamente o contrário que ocorre”, pois, a partir da necessidade de se fundamentar e deixar às claras porque se restringiu um determinado direito fundamental, ao contrário do que acontece com outras teorias, como a dos limites imanentes ou outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais. (SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, p. 49)

Penal), e que pode ser considerado uma restrição a direito fundamental não expressamente prevista do ordenamento constitucional. Da mesma forma pode ser considerado a previsão de sanções criminais no Código Penal, ou seja, se ocorrer a prática de um crime, que é o desrespeito ao direito fundamental de outrem, haverá uma restrição da liberdade, que nada mais é que a restrição ao direito fundamental de liberdade.

Portanto, os direitos fundamentais são proteção dos indivíduos de uma sociedade e garantem a democracia acima de tudo. Mas não são cláusulas absolutas, pois, quando em conflito com outros bens constitucionais, uma restrição, se bem fundamentada, poderá ocorrer, vedado, evidentemente, suprimir de forma total tal direito.



### **Parte 3 – A função investigatória do Poder Legislativo e a proteção aos direitos fundamentais.**

Em primeiro lugar, foi visto que a criação das normas jurídicas (no sentido de regras e princípios), deve ser ação atribuída ao povo, que é o soberano do Estado. Somente ele decidirá como deverá se regular. Criado o ordenamento jurídico, a todos haverá a obrigação de obediência, inclusive o próprio Estado. A coerência e integridade deverá ser mantida no momento de sua interpretação e aplicação.

Com a superveniência do Estado de Direito, e, atualmente, do Estado Constitucional, os direitos fundamentais tornaram-se os pilares da democracia, cujo objetivo (um deles) é o bem-estar dos membros da sociedade, além de limitar a intervenção e invasão estatal na esfera privada. No entanto, o espaço público também possui seus fundamentos protetivos, de forma a preservar a sociedade, que é de interesse público.

Na verdade, a proteção do espaço público é, também, objetivo dos interesses privados. É necessário que não se paralise por completo o Estado contra atividades que possam se aproveitar da proteção desses direitos, permitindo, no mínimo, que possa haver um espaço para investigar atos prejudiciais à sociedade. O total impedimento às restrições de direitos fundamentais poderão acarretar desrespeito a eles próprios, e não defendê-los.

São necessários, contudo, limites dos limites, ou seja, limites à restrição de direitos fundamentais. É preciso encontrar o ponto ideal, cuja configuração é a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos simultaneamente a do bem comum.

Esta parte do trabalho será concentrada na atividade investigatória do Poder Legislativo, cuja obrigação é de investigar casos de “interesse público” que possuem ligação verdadeira com os interesses públicos da sociedade. A despeito da importância da atuação como investigador, são necessários limites, os quais se concretizam pela Constituição Federal de 1988.

Não raro é de se observar atentados contra direitos fundamentais perpetrados pela investigação feita pelo Poder Legislativo que, sob fundamento de um interesse público irreal e se utilizando de poderes de autoridades judiciais que

são exclusivos de magistrados, desvirtuam a atividade que é bastante necessária ao Estado Democrático de Direito, ultrapassando os limites que deveriam ser respeitados quando se investiga atos delituosos.

Para início dessa terceira fase do trabalho, deve-se estudar a separação dos poderes, pois é a partir daí que será possível analisar a atuação do Poder Legislativo e a sua relação com as demais funções do Estado. Após, será vista a atuação propriamente dita dos parlamentares que realizam a investigação, além de seus requisitos formais e materiais. Por fim, abordar-se-á os limites da função investigativa do Poder Legislativo, especialmente quanto aos direitos fundamentais, e a forma de protegê-los de ações autoritárias.

## **Capítulo 1 – A organização do Estado e a atividade investigativa do Poder Legislativo**

### **1.1 – A separação dos poderes**

Avessa à tirania, cuja definição é aquele Estado que é governado por apenas um indivíduo e que não possui limites, a idéia da separação dos poderes se desenvolveu de início com John Locke, cujo entendimento era de que uma divisão das funções estatais proporcionaria um equilíbrio no poder, evitando que se concentrasse em apenas uma pessoa.<sup>364</sup>

Com a teoria de Montesquieu, do século XVIII, que transformou a teoria da divisão em um princípio, o poder, antes concentrado nas mãos de um indivíduo, é dividido em três, impedindo que aquele que legisle possa, simultaneamente,

---

<sup>364</sup> No mesmo sentido: “Quando todos os poderes da soberania são exercidos por uma só pessoa ou por uma corporação única, que legisla por si só (*who alone makes laws*), que decide os casos de violação das leis e dispõe acerca da respectiva execução d’ella, a questão da classificação de poderes tem apenas, meramente, uma importancia theorica, pela simples razão de que nada do que possa tem influencia real sobre a felicidade e o bem estar do povo, poderá depender d’isso. Mas já que um Governo com todos os seus poderes assim concentrados, necessariamente tem de ser um Governo absoluto, no qual é muito provavel que a paixão e o arbítrio regulem a ordem dos negocios públicos, em vez do direito e da justiça, é uma maxima na sciencia politica que, para conseguir-se o legítimo reconhecimento e protecção dos direitos, os poderes do Governo devem ser classificados segundo sua natureza, e que para tal execução cada classe de poder deve ser confiada a um diferente departamento do Governo. Esta disposição dá a cada departamento uma certa independência, que opera como um freio sobre a acção dos outros que poderiam usurpar os direitos e a liberdade do povo, e torna possivel o estabelecer e o reforçar as garantias contra quaesquer tentativas de tyrannia. Por isso temos os freios e os contrapesos do Governo, suppostos como essenciaes á liberdade das instituições”. (COOLEY. Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, p. 79)

executar as leis e decidir conflitos<sup>365</sup>. A rigor o poder não se divide, continua uno, mas o que ocorre é a divisão das funções entre diferentes órgãos. Assim, quando se disser “separação dos poderes” é preciso ter em mente que ela é meramente formal, não material.<sup>366</sup> A vantagem do sistema é, segundo Montesquieu, que o poder seja contido pelo próprio poder.<sup>367</sup>

A doutrina da “separação dos poderes” difundiu-se a ponto de sustentar a organização da maioria dos Estados modernos. Nos Estados Unidos afirmou-se que “nem a instituição da Suprema Corte, nem a inteira estrutura da Constituição dos Estados Unidos, poderiam ocorrer à mente de qualquer antes da publicação do ‘Espírito das Leis’”.<sup>368</sup> A teoria tornou-se, pois, fundamental para a organização do Estado Moderno e do Direito Constitucional, já constando positivada na Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e outros Estados norte-americanos, além de na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, na França) e a da Bélgica (1831)<sup>369</sup>.

É claro que mesmo após todo o desenvolvimento na contenção do poder absoluto, ainda existiram movimentos e Constituições que não previam e que, inclusive, defendiam a desnecessidade da separação, como é o caso da Constituição Soviética Russa (1918), que previa a força – única – do proletariado.<sup>370</sup> Na Lei Fundamental alemã tem-se o princípio com bastante evidência, sendo entendido como meio de moderação do poder estatal, servindo também de proteção à liberdade do particular.<sup>371</sup>

<sup>365</sup> “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (O Espírito das Leis, p. 186).

<sup>366</sup> Nesse sentido, ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito, p. 53. DEL VECCHIO. Teoria do Estado. p. 56-57.

<sup>367</sup> Conforme Montesquieu, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (O Espírito das Leis, p. 187). CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 501.

<sup>368</sup> MAINE. Popular Government. No mesmo sentido, James Madison (Artigos Federalistas: 1787 – 1788, p. 331-332) afirma que o poder concentrado nas mãos de uma mesma pessoa sob qualquer título, mesmo que eletivo, pode ser classificado de tirania.

<sup>369</sup> BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 554.

<sup>370</sup> Sobre o tema: ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 59. Ainda, ver ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos do Estado, p. 66.

<sup>371</sup> HESSE. Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha, p. 366.

A idéia de promover uma divisão, mesmo que formal, do poder do Estado acarretou grande avanço na contenção do poder pelo poder, ou seja, o que passou a vigor foi o sistema em que os três poderes se vigiavam simultaneamente e trabalhavam de forma coordenada, não permitindo que um indivíduo pudesse governar sozinho. No Brasil, nenhuma Constituição ousou modificar ou extinguir este princípio da separação dos poderes, mesmo aquelas sob regimes autoritários, tornando-se necessário para a existência de um Estado de Direito e, atualmente, um Estado de Direito democrático.<sup>372</sup>

Importante ressaltar que é comum entender essa “separação de poderes” como “separação de funções”. Ambas existem, mas significam coisas diferentes: um “poder” (órgão) pode possuir mais de uma função. O Estado Moderno possui três funções: administrativa (ou executiva), legislativa e jurisdicional.<sup>373</sup> A função legislativa é função típica do Poder Legislativo, ou seja, a ele cabe criação de leis.

As funções do Estado não podem ser confundidas com a divisão de poderes. Nesta, o que ocorre é uma divisão orgânica, ou seja, os três poderes seriam separações do Estado em “órgãos”. Conforme José Afonso da Silva, não é possível distinguir a separação dos poderes com a separação de funções, pois “a distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem”. Já a divisão de poderes “consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes (...)”. Os órgãos devem ser independentes.<sup>374</sup>

Não ocorre uma separação absoluta entre os três poderes, mas uma coordenação, colaboração e harmonia.<sup>375</sup> Além do mais, as funções que são exercidas não são exclusividade de cada poder, pois cada um deles pode exercer funções de outros poderes. Destarte, as funções do Estado possuem uma certa liquidez, e pode haver funções diferentes dentro de um poder. Gordillo, por

---

<sup>372</sup> BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 554; SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 113.

<sup>373</sup> Para o autor argentino Gordillo, o Poder Legislativo tem as funções legislativa e administrativa; o Poder Judiciário tem as funções jurisdicional e administrativa; já o Poder Executivo só teria a função administrativa. (GORDILLO. Princípios Gerais de Direito Público, p. 123).

<sup>374</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 108-109.

<sup>375</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 109; BARROSO. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 98; HORTA. Limitações constitucionais dos poderes de investigação, p. 34.

exemplo, afirma que existem três funções: administrativa, jurisdicional e legislativa. Para o autor argentino, o único poder que possui a função legislativa é o Poder Legislativo, pois tal função tem como responsabilidade a elaboração de leis no sentido formal. Já a função administrativa existe em todos os três poderes, pois todos devem administrar-se a si próprios.<sup>376</sup>

Uma função predomina em cada poder (função típica), que exercerá outras funções, que são chamadas de atípicas. Por exemplo, o Poder Legislativo tem como função típica a legiferação, mas pratica a função de administração (interna) e de julgamento (do Presidente da República, exemplificando), como é o caso do Brasil sob a Constituição de 1988.

À propósito, no Brasil, na primeira Constituição, a de 1824, já era prevista a separação dos poderes: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judicial. O Poder Moderador, que destoava da teoria original da separação, tinha como condão a moderação entre os demais três poderes e era exercido pelo Imperador. Na realidade, a despeito da intenção de promover a harmonia entre os poderes, o que ocorria na prática era o poder absoluto do monarca.

Mas essa divisão não perdurou. Atualmente, as funções estão assim divididas: o Legislativo tem como função típica a atividade legiferante; o Judiciário, a atividade de julgar, inclusive membros de outros poderes, e verificar a constitucionalidade dos atos legislativos e a legalidade dos atos administrativos; o Executivo representa a Administração Pública, executando o previsto em lei, devendo ele pugnar pela boa execução das decisões legislativas. Essas são as funções típicas, que são características de cada poder.

No entanto, há outras funções, consideradas atípicas, as quais podem demonstrar que a separação não é rígida, como aduziu-se acima: “o Poder Legislativo, no caso o Senado Federal, julga o Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (...) nos crimes de responsabilidade”, e também fiscaliza os atos do Poder Executivo (aprovando o orçamento e controlando as contas, investigando); o Poder Judiciário, além de julgar, deve analisar a compatibilidade de leis à Constituição Federal, servindo como guardião da

---

<sup>376</sup> GORDILLO. Princípios Gerais de Direito Público. p. 117-119.

integridade do ordenamento; e o Poder Executivo pode vetar projetos de lei aprovados no Legislativo, e pode nomear Ministros do Supremo Tribunal Federal.<sup>377</sup>

Como se observa, todos os poderes são harmônicos, a despeito de uma separação formal, devendo todos eles observar a Constituição e o ordenamento jurídico, incluindo o Poder Legislativo, que elabora leis. Não se aterá o estudo nos Poderes Judiciário e Executivo, mas é mister a abordagem, com mais especificidade, do Poder Legislativo.

## 1.2 – O Poder Legislativo

Como função primordial do Legislativo está a função de legislar, elaborar leis de forma democrática (de acordo com a forma prevista na Constituição Federal), ou seja, é o local onde se debatem temas de interesse da sociedade, transformando-os em normas jurídicas. Pelo Poder Legislativo tem o povo a possibilidade de participar do processo democrático, através de seus representantes. De certa forma, é neste Poder onde se concretiza a democracia de uma maneira prática, racional e concreta. Todos os indivíduos, mediante representantes, podem definir as normas de organização social e de proteção dos interesses, de acordo com a Carta constitucional.<sup>378</sup>

No Brasil, a estrutura do Poder Legislativo é a mesma desde as primeiras Constituições Republicanas. Sempre manteve o sistema bicameral (exceto sob as Cartas constitucionais de 1934 e 1937, que tenderam para o unicameralismo)<sup>379</sup>, que seria o que melhor atende a representação dos Estados-membros no plano federal, sendo constituído, portanto, pelo Senado e pela Câmara dos Deputados. Este representa o povo e aquele, os Estados-membros. O Senado é importante nos países federativos, pois representa igualmente os Estados-

---

<sup>377</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito, p. 67. Sobre a separação relativa dos poderes, ver: CAVALCANTI. Manual da Constituição, p. 128-129: “Pode-se dizer, por exemplo, que os magistrados são nomeados pelo Poder Executivo; que o Poder Judiciário pode anular uma lei feita pelo Congresso através de um ato praticado pelo Poder Executivo. Isso, porém, não tira do regime sua natureza, porque o Poder Judiciário só pode declarar uma lei inconstitucional, quando esta fere a Constituição, que é a lei de todas as leis. Só pode anular um ato do Poder Executivo, quando vem ferir uma disposição de lei feita pelo Poder Legislativo. E, vemos, aí, a perfeita harmonia desse sistema (...).”

<sup>378</sup> A função típica do Poder Legislativo é a de legislar. Isso é explicado pela doutrina em geral, tal como: OLIVEIRA FILHO. Legislativo: Poder Autêntico. p. 11; GORDILLO. Princípios Gerais de Direito Público. p. 119;

<sup>379</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 509.

membros sem levar em conta a população, a extensão territorial ou o poder econômico.<sup>380</sup> Não se debruçará sobre a atividade típica do Poder Legislativo, tendo em vista que não é objeto do trabalho, mas o estudo será concentrado na atividade de investigação e fiscalização.<sup>381</sup>

Possui outros encargos não menos importantes ao funcionamento do Estado. Neste sentido, tem-se as atividades de controle e fiscalização, como se retira do art. 49, X, da Constituição Federal brasileira. “Fiscalizar” significa “investigar, conferir, verificar, examinar, comprovar”; já “controlar” significa “a possibilidade de decidir contrariamente ao constante no ato submetido ao controle, com possibilidade de sua correção ou sustação de efeitos”.<sup>382</sup> Não se usarão os dois verbos em sentidos diferentes nesse trabalho.

O controle e a fiscalização pelo Poder Legislativo já estão enraizados no Estado Democrático de Direito, que, agindo como um representante do povo, deve verificar o exercício do poder por ele próprio e pelos demais poderes. Não basta, portanto, que esse controle seja realizado apenas pelo próprio órgão que pratica atos estatais, mas em muitos casos, em respeito ao princípio democrático e da separação dos poderes – que não é absoluto, mas possui um sentido de coordenação –, mister é o controle a ser realizado por um órgão alheio.<sup>383</sup>

O controle interno deve ser realizado por cada um dos poderes, possuindo natureza administrativa, exercido por funcionários encarregados de

<sup>380</sup> CAVALCANTI. Manual da Constituição, p. 130; FERREIRA. Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno, p. 286 e ss.

<sup>381</sup> Sobre as funções do Poder Legislativo, ver: SAMPAIO. Do inquérito parlamentar, p. 1-4.

<sup>382</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 78; BARROSO. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 98. Montesquieu já previa a possibilidade do Legislativo fiscalizar a forma como as leis são executadas pelo Executivo (O Espírito das Leis, p. 192)

<sup>383</sup> “Se, por hipótese, não lançássemos mão da Teoria da Separação de Poderes formulada por Montesquieu e indagássemos sobre a realidade estatal, não precisaríamos de raciocínio mais apurado para constatar que, ainda hoje, nenhum dos três Poderes instituídos cumpriria plenamente suas funções sem a incidência do controle do outro. Verificamos, assim, que é o desempenho do controle que obriga o Legislativo, o Executivo e o Judiciário à atuação ótima de suas atribuições constitucionais” (COSTALDELLO. Olhos da Justiça. Controle judicial é um dos pilares do Estado Democrático. Artigo publicado no site Consultor Jurídico, <http://conjur.estadao.com.br/static/text/57294,1>, acesso em 8 de julho de 2007).

Sobre as comissões parlamentares de inquérito, “é outra prática parlamentarista (...)” que revela “a crescente influência, entre nós, do Legislativo sobre o Executivo, que sofre fiscalização constante através das comissões parlamentares de inquérito (...)”. Continua afirmando que “é mais outra prática parlamentarista, que rompe com o preconceito da separação absoluta dos poderes, como se fossem inimigos, quando, mesmo em face da Constituição, são harmônicos, isto é, amigos.” (JACQUES. A Constituição Federal Explicada, p. 59-60). Sobre a atividade de fiscalização pelo Legislativo: SCHWARTZ. Direito Constitucional americano, p. 96-99.

executar programas orçamentários e da aplicação dos recursos públicos, representando, portanto, a autonomia administrativa de cada um dos Poderes – é uma função atípica. Assim, ocorre quando ao próprio órgão caberá o controle e fiscalização, como, por exemplo, o superior hierárquico que deve verificar a atividade de seu subordinado. Importante ressaltar que ele pode ocorrer em momentos diversos: antes (*a priori*) ou depois (*a posteriori*) da despesa ou aplicação dos recursos.<sup>384</sup>

O controle externo, instrumento necessário e próprio do Estado Democrático de Direito, realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. É exercido pelo Poder Legislativo, representando a fiscalização popular dos atos estatais, e tem como finalidade, conforme o texto constitucional, a análise das contas do chefe do Executivo, auditorias financeiras e orçamentárias, julgamento de contas e verificação da lisura de contratos. É um “controle de natureza política”, sujeito à apreciação técnica do Tribunal de Contas.<sup>385</sup>

Não somente quanto a utilização dos recursos, mas caberá ao Poder Legislativo o controle da legalidade sobre atos que direta (ou indiretamente, às vezes) acabem por prejudicar a coletividade. Essa fiscalização ocorrerá, evidentemente, *a posteriori*, ou seja, verificada a existência de motivo que justifique a investigação de determinado fato, o procedimento investigatório poderá ter início. Nesses termos, abordar-se-á a atividade investigativa do Legislativo.

### 1.2.1 – Poder Legislativo e função investigativa

Para a doutrina, a função investigativa do Poder Legislativo é inerente à própria atividade parlamentar.<sup>386</sup> Um Parlamento bem informado é um Parlamento

<sup>384</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 751. As finalidades estão constitucionalmente estabelecidas no art. 74 da Constituição Federal.

<sup>385</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 752-753. Sobre o Tribunal de Contas, ver artigos 71, II e 49, IX, da Constituição Federal de 1988. As comissões parlamentares de inquérito são tidas como controle externo direto, pois são realizadas pelo Parlamento diretamente (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 864); ZIPPELIUS. Teoria Geral do Estado, p. 416; SCHWARTZ. Direito Constitucional americano, p. 96.

<sup>386</sup> CAMARGO. Comissões de Inquérito, p. 7. OLIVEIRA FILHO. Comissões Parlamentares de Inquérito, p. 9; ALECRIM. As Comissões Congressuais de Investigação no Regime Presidencialista, p. 34. ANDRADE. Comissões Parlamentares nos Estados Unidos, p. 23; SANTOS. O Poder



prudente, conforme afirmou Harry S. Truman, no sentido de que um Congresso mal informado perderia o respeito do povo.<sup>387</sup> Nos Estados Unidos, a atividade investigativa do Congresso já era admitida desde o início da República, em 1792. Por ser uma atividade considerada ínsita ao Poder Legislativo, admitiu-se pelo uso, julgando a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *McGrain vs. Daugherty*, no sentido de que o poder de investigação para a obtenção de informações pelo Parlamento constituía-se num atributo próprio dele, o que acabou interferindo no entendimento de outros Estados. Na Inglaterra, a primeira manifestação dessa natureza foi em 1689, com o objetivo de investigar a Guerra da Irlanda, quando constitui-se uma comissão para esse fim.<sup>388</sup>

Além da atividade legiferante, os membros desse Poder deverão realizar outras para o bom exercício das atribuições<sup>389</sup>, devendo estar bem informados acerca das práticas governamentais. Não se pode negar que caberá a esse Poder a prática da investigação, sendo ela nada menos que uma função política.

Não se pode pensar apenas em informação sobre o próprio governo, mas da sociedade como um todo. Deve, naturalmente, estar atento acerca dos acontecimentos, necessidades e interesses do povo, podendo dessa forma, legislar sobre matérias mais importantes para determinados momentos históricos, e investigar para garantir que as normas decididas democraticamente estão sendo devidamente cumpridas e executadas, exercendo um papel de fiscal do cumprimento de suas decisões legislativas.

Compreende-se a atividade investigativa do Poder Legislativo como “um poder natural, uma atividade ínsita do poder de legislar ou uma faculdade implícita das Câmaras”, sendo que em alguns textos constitucionais sequer há menção dessa tarefa – e se houver, é supérflua –, como ocorre nos Estados Unidos e na

---

Legislativo, suas virtudes e seus defeitos, p. 169. SAMPAIO. Do Inquérito Parlamentar, p. 89; COSTA. Origem, natureza e atribuições das comissões parlamentares de inquérito, p. 110.

<sup>387</sup> Para Schwartz, os poderes de investigação do Congresso americano têm sido usados com três finalidades básicas: a) “a investigação é um meio de fornecer ao Congresso as informações detalhadas e precisas essenciais ao exercício eficiente da autoridade legislativa”; b) “a investigação é usada a fim de supervisionar o trabalho das entidades governamentais”; c) “a investigação é usada para influenciar a opinião pública dando circulação a certos fatos ou ideais” (SCHWARTZ. Direito Constitucional americano, p. 99-103).

<sup>388</sup> JACQUES. Comissão Parlamentar de Inquérito e governo de Gabinete, p. 83.

<sup>389</sup> “A dignidade do Poder Legislativo, entretanto, depende dos seus membros. Devem prover, a tempo, o que falta nas leis para a nação, fazer crítica construtiva, elaborar estudos econômicos, políticos, sociais, necessários para que todos fiquem conhecendo o que está faltando para o país (...)”. (OLIVEIRA FILHO. Legislativo: Poder Autêntico. p. 9); RUBIO. La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación, p. 29-30.

Argentina.<sup>390</sup> Apesar dessa atividade ser indispensável para o bom exercício das funções do Parlamento, não é dessa corrente que, com base no ordenamento brasileiro, compartilha-se, haja vista o princípio da legalidade.

Segundo Bielsa<sup>391</sup>, as funções do Poder Legislativo são a legislativa, o controle e o juízo político. A função legislativa, que dispensa maiores explicações, é a elaboração de normas gerais e abstratas (lei no sentido formal). A função de controle seria a atuação perante os demais órgãos acerca da gestão de recursos (receita e despesas). Para o estudo, é o juízo político que importa.

Retornando ao tema sobre as funções do Estado, Jorge Miranda classifica as três funções do Estado em: função política (subdividida em função legislativa – pratica atos de conteúdo normativo – e governativa – pratica atos políticos); função administrativa (administração propriamente dita); função jurisdicional.<sup>392</sup> O autor, entretanto, não enumera em sua classificação a atividade investigativa no rol das funções políticas. Não obstante, tal atividade é política, já que nada mais é que um exercício da soberania do povo, apesar de ser indireta, por meio de seus representantes.

Diferentemente, a atividade é incluída por alguns autores no gênero de função de controle, já que a investigação não tem apenas a finalidade de informar o Poder Legislativo para que ele possa exercer a legiferação adequadamente.<sup>393</sup> A função de controle seria a possibilidade (e a obrigação) de se manter, pelo Parlamento, a atividade controladora da função administrativa do Poder Executivo. Assim é, por exemplo, a apreciação da lei do orçamento, em que se determinará no

---

<sup>390</sup> Conforme José Wanderley Bezerra Alves (Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 101), nos Estados Unidos o fundamento constitucional para tal atividade é extraído da interpretação da cláusula 18ª, Seção 8ª, do Art. 1 (competência do Congresso para elaborar leis); segundo o mesmo autor, na Argentina o fundamento é retirado do art. 45 da Carta constitucional, que atribui ao Senado o poder de realizar juízo político e do inciso 7, art. 67, da Carta, que define a competência do Congresso para aprovar o orçamento, o que pressupõe a verificação da correta utilização dos recursos; ver também Itagiba, que ensina que as comissões são provenientes de *ius non scriptum* (ITAGIBA. Aperfeiçoamento do Estado Democrático, p. 58); SAULO RAMOS. Parecer. Comissão Parlamentar de Inquérito – Poder de investigar – fato determinado, p. 196.

<sup>391</sup> BIELSA. Derecho Constitucional, p. 550-551.

<sup>392</sup> MIRANDA. Teoria do Estado e da Constituição. p. 237-238.

<sup>393</sup> A função de controle tem como finalidade a investigação, a crítica das medidas governamentais, fiscalização, interpelação, exames, inquirição. Nesse sentido: HORTA. Limitações constitucionais dos poderes de investigação, p. 35; ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 77; MARINHO. Natureza e função política das Comissões Parlamentares de Inquérito, p. 98. Este último entende que o controle têm natureza política; SAULO RAMOS. Parecer. Comissão Parlamentar de Inquérito – Poder de investigar – fato determinado, p. 196.

que o governo (Administração Pública) poderá dispende, ou, de mesma forma, a atuação do Tribunal de Contas.

As comissões parlamentares de inquérito são uma espécie da função de controle – externo –, fiscalizando, extraordinariamente, a atuação dos agentes públicos *lato sensu*. Nada mais é a função de controle, portanto, o exercício da democracia e soberania popular, sendo primordialmente a expressão da função política. Ademais, este controle acaba por confirmar que não há uma separação rígida entre os poderes.

No Direito brasileiro, a função de investigar, mesmo que se entenda inerente ao Poder Legislativo, é prevista no ordenamento jurídico.<sup>394</sup> A finalidade é a investigação, no âmbito federal, estadual ou municipal, de pessoas ou órgãos ligados ao Estado que se suspeite de atos irregulares, bem como averiguação do bom funcionamento estatal.

Positivamente, a atividade foi instituída pela Constituição de 1934 (art. 36 – facultando apenas à Câmara a criação das comissões de investigação), a despeito de já ser exercida desde o Império e também na Primeira República (1891-1930)<sup>395</sup>, sequer sendo mencionada nas Constituições precedentes e na imediatamente subsequente, a de 1937, somente sendo prevista novamente na Constituição de 1946, quando previu-se a possibilidade de criação de comissão parlamentar de inquérito para ambas as Casas, exigindo, a partir de então, fato determinado como objeto da investigação e a necessidade de requerimento de um terço dos membros. Na Carta de 1967 (art. 39), ampliou-se o poder, permitindo que, além de ambas as Casas serem dotadas da prerrogativa de investigação, o

---

<sup>394</sup> Na Constituição Federal, art. 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: X – fiscalizar e controlar diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta”.

<sup>395</sup> “A história das Comissões Parlamentares de Inquérito pode ser anotada durante o Império. Foram promovidas pelas Assembléias Legislativas diversas investigações, em repartições públicas, sujeitas ao poder executivo. Pode-se admitir, entretanto, que a fiscalização do Legislativo surgiu naquela fase da evolução do regime político brasileiro; porém, durante o Império não ocorreu a constituição de inquéritos parlamentares que tivessem como objetivo investigar a atuação do Executivo. Na Primeira República, foram raras as investigações provenientes do Congresso [19 vezes]. Nas vezes em que o recurso foi utilizado, de maneira débil, nunca atingiu as mais altas autoridades, nem mesmo os menos poderosos. O Executivo não era objeto de qualquer inquérito compulsório originário do Legislativo”. (BARACHO. Teoria Geral das Comissões Parlamentares, p. 102).

Congresso, por inteiro, poderia também constituí-las, sendo repetido o dispositivo na alteração de 1969.<sup>396</sup>

A despeito do caráter ínsito da atividade de investigação do Poder Legislativo, que já se expôs, entende-se que, no ordenamento brasileiro, a previsão constitucional faz-se necessária e indispensável, tendo em vista o princípio da legalidade, ou seja, o Estado somente poderá praticar atos se estiverem expressos em norma jurídica. Além disso, os poderes deverão estar obrigatoriamente definidos na lei, sob pena de invalidade do procedimento.

É lícito, fundamentando-se em Vanossi, eleger algumas características dessa atividade parlamentar: é típica do sistema presidencialista ou parlamentarista; poderá existir em Parlamentos unicamerais ou bicamerais; depende da separação dos poderes; é um meio pelo qual se obtém informações para futura apreciação jurisdicional; deve possuir relação com a competência legislativa do Parlamento; deverá haver o respeito aos direitos fundamentais; há possibilidade de uso da força para alcançar resultados.<sup>397</sup>

Tem razão o autor argentino ao afirmar que a investigação poderá dizer respeito apenas à competência constitucional de iniciativa de leis do Poder Legislativo, até porque o poder investigativo é um auxiliar à atividade legiferante.

A finalidade da investigação é múltipla e nunca é um fim em si mesma, ou seja, esta atividade sempre visa a um objetivo. Poderá ter como fim a elaboração de um fundamento para uma futura legislação; realizar um juízo político acerca da responsabilidade de atuação dos agentes estatais; para se obter uma interpretação da Constituição, concluindo pela competência ou incompetência do Parlamento para determinada matéria.<sup>398</sup> A finalidade, então, é assegurar o bom funcionamento da Administração, a regularidade do desempenho executivo, o correto funcionamento dos serviços públicos. E o objeto é a análise da burocracia estatal.<sup>399</sup>

<sup>396</sup> Acerca do desenvolvimento das comissões parlamentares de inquérito no Brasil, consultar: SAMPAIO. Do Inquérito Parlamentar, p. 19-32.

<sup>397</sup> VANOSSI. El Poder de Investigación del Congreso Nacional, p. 408-410. Outrossim, Jacques entende que o instituto funciona melhor no sistema presidencialista, pois o "Parlamento fica à margem da atividade propriamente de mando e administração" (JACQUES. Comissão Parlamentar de Inquérito e governo de Gabinete, p. 84). No mesmo sentido: LIMA. Comissões Parlamentares de Inquérito, p. 87.

<sup>398</sup> VANOSSI. El Poder de Investigación del Congreso Nacional, p. 408.

<sup>399</sup> VANOSSI. El Poder de Investigación del Congreso Nacional, p. 413.

Vanossi também faz referência à possibilidade de coerção para obtenção dos fins. Contudo, vale ressaltar que é obrigatório o respeito aos direitos fundamentais, que deverão ser observados em todas as fases investigativas. Essa apreciação se faz necessária, tendo em vista a vigência do Estado de Direito. Além disso, mesmo que se defenda o uso da força em momentos que se faça necessária, nada impede que seja utilizada mediante o Poder Judiciário. Far-se-á uma análise delicada abaixo.

O autor ainda ensina que a faculdade investigativa do Parlamento é decorrente da atividade que ele exerce. É tão normal a investigação antes de legislar ou de controlar, quanto é normal que haja interrogatório antes do juiz julgar. Isso é necessário para que o Poder Legislativo não precise dos demais Poderes para poder obter informações, fazendo por si próprio, evitando que certas informações fossem impossíveis de se obter.<sup>400</sup>

O Parlamento, pelo exercício da soberania popular, deverá buscar ele próprio sanar as suas dúvidas, evitando que o próprio aparato estatal possa encobrir fatos essenciais ao desempenho da atividade investigativa e legislativa. É por isso que a comissão não precisará recorrer ao Poder Judiciário para obter determinadas provas, tais como documentos públicos – exceto se protegidos por lei ou direito fundamental.

Tendo em vista a necessidade de eficiência da atividade investigativa, faz-se necessária a criação de uma comissão específica para tal finalidade, observada a especialidade da matéria e a necessidade de não se atrapalhar as atividades ordinárias do Poder Legislativo.

### **1.2.2 – Comissões parlamentares**

Devido à quantidade de trabalho que ao Parlamento é atribuída, é comum que se criem comissões com o intuito de racionalizar o trabalho legislativo, além de vincular o parlamentar com o tema que tenha maior domínio. Ademais, haja vista a crescente complexidade do Estado, com mais assuntos para serem debatidos e mais conhecimento técnico necessário para legislar corretamente,

---

<sup>400</sup> VANOSSI. El Poder de Investigación del Congreso Nacional, p. 408.

comissões especializadas em determinados temas, com auxílio técnico, devem ser criadas.<sup>401</sup>

Outro motivo é a melhor organização das sessões parlamentares, pois não precisam ser as discussões levadas para debate com todo o Plenário para que se cheguem a conclusões, o que dificultaria demais o trabalho.<sup>402</sup> A divisão dele era defendida por Bentham<sup>403</sup>, que afirmava que quanto maior a Assembléia, maior era a necessidade de criação de comissões.

Na Alemanha, a tarefa das comissões (ou fracionamento do Parlamento) é a “pré-clarificação e preparação técnica” e também o controle parlamentar. Uma comissão deverá ser uma imagem reduzida do pleno, reproduzindo proporcionalmente a representação no Parlamento. É por isso que o órgão deverá ser composto por deputados competentes, que tenha a capacidade de lidar com matérias técnicas, complexas e autônomas.<sup>404</sup>

Conforme a Constituição Federal de 1988, para discutir e legislar, tomar informações de Ministros de Estado, realizar audiências públicas, entre outras atribuições, poderá ser criada uma comissão, temporária ou permanente, mista ou não, desde que respeitados os requisitos constitucionais.<sup>405</sup>

<sup>401</sup> SCHWARTZ. Direito Constitucional Americano, p. 86.

<sup>402</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 87. O autor prossegue afirmando que “as comissões parlamentares ganharam realce em razão das inúmeras vantagens que carregam, destacando-se: a) agilizam o procedimento legislativo em razão do diminuto número de pessoas que debaterão a matéria; b) propiciam a especialização dos membros do Legislativo, eis que são formadas, normalmente, por parlamentares ‘que se relacionam intelectualmente com assuntos tratados’ e ‘dedicam-se a tarefas específicas’; c) permitem maior controle sobre o Governo (...) e a Administração Pública (...)” (p. 88-89).

<sup>403</sup> BENTHAM. Tática parlamentares, p. 253.

<sup>404</sup> HESSE. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. p. 434-435.

<sup>405</sup> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I – discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III – convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V – solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI – apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

As comissões temporárias são aquelas que funcionam por tempo determinado. Podem ser classificadas de internas, externas e parlamentares de inquérito. As internas recebem a sua competência do regimento da respectiva Casa, como, por exemplo, a análise de emenda constitucional; já as externas dizem respeito às comissões para missões de representação do Congresso; e as últimas, para investigação, que serão objeto do trabalho.<sup>406</sup>

As comissões permanentes são determinadas pelo próprio Regimento Interno e têm competência determinada para estudo de um certo tema, como, por exemplo, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) – que faz terminativa análise dos projetos de lei –, a Comissão de Defesa do Consumidor, a Comissão de Educação e Cultura. Cada comissão, pois, tem uma competência certa. A intenção é proporcionar um funcionamento parlamentar bem organizado que possa resultar trabalhos melhor realizados e em maior quantidade.<sup>407</sup>

Os regimentos internos de cada Casa ou do Congresso podem definir a forma e os motivos de criação das comissões parlamentares, mas em alguns casos a própria Carta determina a criação de algumas comissões, como por exemplo: comissão mista permanente de senadores e deputados para examinar as contas apresentadas pelo Presidente da República, e o orçamento anual, diretrizes orçamentárias, plano plurianual, e outros, conforme art. 166, § 1º, Constituição; comissões temporárias de estudos territoriais (art. 12, ADCT); comissão mista temporária de análise de endividamento externo (art. 26, § 1º, ADCT), as comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, CF/88) .

Por derradeiro, consoante Ignacio Torres Muro, as comissões carregam uma múltipla finalidade. Em primeiro lugar, servem para preparar tarefas habituais, tal como a elaboração de um projeto de lei ou o controle da atuação do Poder Executivo. Não podem ser, obviamente, consideradas entes separados do Poder

<sup>406</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 92.

<sup>407</sup> “Se trata, ante todo, de organismos que forman parte de cada de las ramas de las Asambleas Legislativas, integradas por um número pequeño de parlamentarios, con determinados conocimientos sobre la materia de su competencia, que tienen por objeto estudiar los proyectos de ley que les sean presentados, y emitir un informe al respecto. Fraga Iribarne, teniendo como modelo las Comisiones norte-americanas, las caracteriza como ‘una serie de pequeñas legislaturas, que tienen *full power* (todo poder) sobre cualquier *bill* (asunto) que les sea sometido, con tal de respetar simplemente el título y la materia a que se refieren, mientras que el Pleno se limita prácticamente a aceptar o rechazar lo que lãs Comisiones le proponen, sin alterarlo sustancialmente”. (MUÑOZ. Las Comisiones Parlamentares em Chile y Otros Países, p. 10-11); HAURIOU. Principios de Derecho Público y Constitucional, p. 539; sobre as comissões permanentes existentes atualmente na Câmara dos Deputados, acessar: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/permanentes/index.html>.

Legislativo.<sup>408</sup> Em segundo lugar, as comissões nascem com a função de investigar um assunto de interesse público, dissolvendo-se após completada a tarefa. São, como abordar-se-á em seguida, instrumentos de luta política.<sup>409</sup> Destas últimas que tratará o ponto a seguir.

### 1.2.3 – As comissões e a função de inquérito

Necessária uma análise quanto ao uso do termo comissões de “inquérito”, já que também chamadas de comissões de “investigação”. Beatriz Vila Ramos, no Direito espanhol, separa semanticamente dois termos: “comisiones de encuesta” (de exame) e “comisiones de investigación” (de investigação). Para a autora, se pensar-se que a finalidade é unicamente de informação, então deve-se chamar de “encuesta”, mas se entender-se que, além da informação, também fiscalizam, fazem juízos, devem ser consideradas “de investigação”.<sup>410</sup>

A despeito da divergência quanto ao uso dos termos investigação e inquérito, serão aplicados indistintamente. Isso porque o uso de ambos não caracteriza impropriedade semântica. Define-se “investigar” como “verbo transitivo direto, do latim *investigare*, que significa 1. Seguir vestígios de. 2. Fazer diligências para achar; pesquisar, indagar, inquirir (...)”, enquanto “inquirir” vem do latim *inquirire*, também verbo transitivo direto, que significa “1. Procurar informações acerca de; indagar; investigar; pesquisar (...)”. São semanticamente similares.<sup>411</sup>

Para certos casos em que forem necessárias, as comissões poderão ter a função de inquérito, conforme art. 58, § 3º, da Carta constitucional, não apenas

<sup>408</sup> MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 18.

<sup>409</sup> MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 19.

<sup>410</sup> RAMOS. Los sistemas de comisiones parlamentarias, p. 288-289.

<sup>411</sup> Novo Dicionário Aurélio século XXI, p. 1133 e 1115. Sobre o inquérito, bem desenvolve o tema Michel Foucault. Para o autor, o inquérito substituiu, no século XII, o flagrante delito, no Direito Feudal, no Direito Germânico Antigo. Antes, as pessoas que viram alguém praticar um crime poderiam simplesmente denunciar o criminoso e levá-lo ao julgamento. Com o inquérito, sob juramento, as pessoas deviam contar o que viram, procurando, através delas, estabelecer a verdade. Ademais, “o inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma maneira do poder se exercer”. O que mais tarde ocorre (séculos XIV e XV) é o uso da tortura como forma de prova e da *disputatio*, que apelava para testemunhas de força, não de verdade. Quem tivesse mais testemunhas ao seu lado, mais chances tinha de vencer. De qualquer forma, “o inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder.” (FOUCAULT. A verdade e as formas jurídicas, p. 68-78).



como um instrumento que auxilie a atividade legiferante, mas tipicamente um instrumento de investigação, objetivando preservar a eficácia estatal.<sup>412</sup> Somente por essa atividade é que a verdade formal pode ser estabelecida mediante provas, as quais podem ser encontradas de inúmeras formas, sendo defeso, mesmo que sob um motivo relevante, a obtenção de provas ilícitas e que ignorem a existência dos direitos fundamentais na Constituição.

Em primeiro lugar, a existência de comissões dessa natureza requer um “ambiente” específico, ou seja, é preciso alguns pressupostos objetivos para que possam existir. Somente num Estado Democrático de Direito é possível a existência de uma comissão parlamentar que possa investigar, entre outras matérias, a atuação governamental, em especial a atuação do Poder Executivo.<sup>413</sup> Além disso, para que uma comissão dessa natureza possa existir é essencial a “separação de poderes”, o pluralismo e a liberdade políticos.<sup>414</sup>

Nesse ambiente, a possibilidade de criação de comissões parlamentares que tenham – quase – total liberdade à investigação é fundamental para o exercício da democracia e para sua manutenção, além da preservação do próprio Estado.<sup>415</sup> As comissões possuem autonomia, não podendo ser consideradas, conforme Itagiba, como simples mandatárias da Câmara ou do Senado.<sup>416</sup>

---

<sup>412</sup> “As CPIs não são simples instrumentos de informação ou auxiliares das Câmaras representativas, constituem uma das formas decisivas de participação dentro do sistema político. Dedicam-se, também, à investigação de temas polêmicos, com repercussão na vida política. A própria opinião pública sente-se melhor representada por esta instituição do que por outras que se sujeitam a tramitações formalistas e inadequadas para as apurações pretendidas.” (BARACHO. Teoria das Comissões Parlamentares, p. 153).

<sup>413</sup> Não apenas a investigação do Poder Executivo é a função das comissões de investigação. “El derecho de investigación no puede ser visto solamente como medio para controlar al Ejecutivo o para preparar iniciativas legislativas, sino que puede ser utilizado como instrumento general de suministro de información”. STUDENROTH, citado por: MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 23.

<sup>414</sup> PIÇARRA. O Inquérito Parlamentar e os seus Modelos Constitucionais. p. 17; RUBIO. La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación, p. 87.

<sup>415</sup> Conforme afirma Nuno Piçarra, “se o controlo é da essência da democracia, o inquérito parlamentar pode e deve ser um instrumento simultaneamente de controlo e de democracia, correspondente a uma actividade de relevo do Parlamento de um Estado de Direito como o é a Assembleia da República. Se o cerne da democracia representativa é o processo comunicativo entre o eleitorado e os seus representantes no Estado, em que a função informadora do Parlamento desempenha um papel fundamental, o inquérito parlamentar pode e deve constituir um instrumento importante nesse processo”. (p. 42); No mesmo sentido: “Se trata de instrumentos de lucha política que pueden cumplir una tarea importantísima para el correcto funcionamiento del sistema democrático y que por ello, además de ser muy necesarios, es preciso que sean configurados adecuadamente” (MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 12); FRAGA, Albérico. As Comissões Parlamentares de Inquérito na Constituição brasileira de 1946, p. 82.

<sup>416</sup> ITAGIBA. Aperfeiçoamento do Estado Democrático, p. 61.

É evidente que a maioria não pode suprimir a vontade e o direito da minoria de investigar e elucidar casos que causem prejuízo à sociedade, nem que o prejuízo seja apenas dessa minoria (porque isso também é de interesse público). Isso porque a democracia também garante os seus direitos, e os direitos fundamentais são limites à ação da maioria e não podem ser ignorados.

Tais investigações reforçam a ideia de que os governantes devem cumprir a lei, não estando, nem mesmo eles, sobre as normas jurídicas. Conforme entendimento da doutrina europeia, as comissões de inquérito são um “instrumento de fiscalização ou de controle político”, apesar da existência de entendimentos diversos – que as comissões teriam função meramente cognoscitiva.<sup>417</sup> Nesse sentido,

“o inquérito parlamentar seria assim um instrumento polivalente ou plurifuncional, susceptível de utilização na fase preparatória de um processo legislativo, de direcção política ou de fiscalização, podendo servir não só para a preparação de actos políticos com eficácia obrigatória mas também de quaisquer actos políticos do Parlamento”.<sup>418</sup>

Na Alemanha, estão previstas no art. 44 da Constituição, tendo por finalidade o controle parlamentar, do governo e da Administração Pública, incluindo investigações sobre vida pública e incidentes de âmbito social, quando exista interesse público que justifique a investigação.<sup>419</sup>

Duguit, na França, afirmava que cada Câmara pode nomear uma comissão (“*Comissions d’enquête parlementaire*”), para investigar atos de governo ou sobre o funcionamento de um serviço público, mas não pode praticar atos que são normalmente competência da Administração ou do Poder Judiciário. Tal atividade seria consequência direta do poder de controle.<sup>420</sup>

<sup>417</sup> PIÇARRA. O Inquérito Parlamentar e os seus Modelos Constitucionais, p. 18; ROYO. Curso de Derecho Constitucional: segundo o autor, os efeitos imediatos do inquérito parlamentar são políticos (são a *verdade* política).

<sup>418</sup> PIÇARRA. O Inquérito Parlamentar e os seus Modelos Constitucionais, p. 19.

<sup>419</sup> HESSE. Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha, p. 436.

<sup>420</sup> “La Commission d’enquête peut faire tous les actes qui lui permettent de connaître la manière dont fonctionnent les services publics, mais elle ne peut faire aucun acte qui soit normalement et légalement de la compétence des fonctionnaires administratifs ou judiciaires. Cette proposition est la conséquence directe de ce que le pouvoir d’enquête dérive du pouvoir de contrôle”. (DUGUIT. Traité de Droit Constitutionnel, vol. IV, L’Organisation Politique de la France, p. 393-394)

Conforme lição de Canotilho e Vital Moreira, as comissões de inquérito são instrumentos de controle e investigação. Não são tribunais. Por isso, não há de se falar em julgamento e imposição de sanções por parte das comissões.<sup>421</sup>

Ao contrário de muitas comissões criadas durante uma legislatura, as comissões de inquérito são criadas *ad hoc*, ou seja, apenas para desempenhar uma determinada tarefa<sup>422</sup>. Completadas as investigações sobre os fatos que lhes deram origem, elas deverão ser dissolvidas, com o relatório devendo ser aprovado pelos membros e encaminhado ao Ministério Público.

No Brasil, a Constituição Federal regula a criação de comissões parlamentares de inquérito no art. 58, §3º. Os poderes e requisitos básicos estão presentes nesse dispositivo, tais como poderes investigativos típicos de autoridades judiciais, mediante o requerimento de um terço dos membros da casa legislativa – ou as duas simultaneamente – para apuração de fato determinado e por prazo certo.

No sistema pátrio, portanto, o poder de investigação do Parlamento através de comissões não é presumido, como é nos Estados Unidos, mas é expressamente previsto na Carta Constitucional. Mesmo tida como uma função típica do Poder Legislativo, preferiu o constituinte esclarecer essa possibilidade, para que não houvesse dúvidas e em respeito ao princípio da legalidade. Da mesma forma deverá acontecer com as comissões parlamentares de inquérito de âmbito estadual e municipal, cuja discussão retornará em momento oportuno.

## **Capítulo 2 – O funcionamento das comissões parlamentares de inquérito**

Para que a investigação seja bem sucedida, devem as comissões de inquérito possuir poderes adequados, instrumentos para a obtenção de informações, e formas, mesmo que indiretas (pelo Poder Judiciário), de uso da força, dentro dos parâmetros do Estado de Direito. Ao contrário da prática

---

<sup>421</sup> Segundo Canotilho e Vital Moreira, “os inquéritos parlamentares têm, por natureza, carácter instrumental, pois a sua função não consiste em julgar, mas sim habilitar a AR (Assembleia da República) com conhecimentos que podem, eventualmente, levar a tomar medidas (legislativas ou outras sobre o assunto inquirido). Estão, por isso, particularmente vocacionados como instrumento da função de fiscalização política da AR, designadamente na apreciação dos actos do Governo e da Administração” (Constituição da República portuguesa anotada, p. 719).

<sup>422</sup> Da mesma forma ocorre no direito alemão (HESSE. Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha, p. 436).

investigativa do Poder Legislativo dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, cujos poderes são grandes, podendo decretar prisões e coagir o investigado a comparecer, no Brasil somente o que é permitido expressamente pode ser praticado pelas comissões.<sup>423</sup>

Uma série de normas jurídicas precisa existir para proporcionar legitimidade a todo o procedimento investigativo, somente produzindo resultados se seguidas todas as obrigações e limitações constitucionais e legais. Nesta linha, é mister o estudo da norma constitucional do art. 58, §3º, concentrando a abordagem, nesse momento, quanto aos “poderes de investigação próprios de autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas”, passando, imediatamente após, à análise da regulamentação infraconstitucional.

## **2.1 – Poderes de investigação próprios de autoridades judiciais<sup>424</sup>**

É preciso proceder à análise do art. 58, §3º da Constituição Federal, cuja regulação trouxe mais dúvidas a certezas, devido ao caráter sucinto da regra jurídica. É preciso expor as determinações constantes nela, explicando, desde já, os poderes que são outorgados às comissões.

Tendo em vista que a própria Constituição da República de 1988 determinou a existência de poderes de investigação de forma explícita, mesmo que de forma objetiva e superficial, outros não poderão ser criados por interpretação extensiva da norma, já que o dispositivo tem o condão maior de limitar a atuação estatal, e não a de outorga de direitos<sup>425</sup>. O Estado de Direito surgiu com a finalidade de impor limites à atuação estatal, somente podendo praticar os atos que estavam determinados em documentos legislativos, tornando-se mais rigoroso o limite com o advento da Constituição. Dessa forma, não poderia mais o Estado agir como lhe aprouvesse, mas apenas sob o controle da lei.

Neste sentido, como a Constituição definiu os parâmetros de criação e atuação das comissões parlamentares de inquérito não poderá mais o Legislativo

<sup>423</sup> De acordo com Corvin, “tais comissões têm o direito de inquirir testemunhas e tomar seu depoimento; se estas se mostrarem recalcitantes, poderão ser também punidas por desacato, embora, em tal caso, a punição seja atualmente imposta, de acordo com a Lei do Congresso de 1857, pelo Tribunal Federal do Distrito de Colúmbia, como contravenção” (CORVIN. A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual, p. 32).

<sup>424</sup> (além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas).

<sup>425</sup> Ver, sobre a interpretação extensiva e retritiva, nota 302.

atuar de forma diferente, devendo, assim, seguir exatamente o que foi determinado pela Carta constitucional. Não é permitido, da mesma forma, que a lei infraconstitucional, sob qualquer roupagem (lei ordinária, lei complementar), possa definir parâmetros diferentes ao prescrito pelo dispositivo.

Em decorrência disso, prescreve a Constituição da República sobre as comissões: detém elas poderes de investigação típicos de autoridades judiciais (além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas), tal como em constituições estrangeiras como a portuguesa, alemã e italiana (esta última outorga os mesmos poderes e as mesmas limitações).<sup>426</sup>

Pergunta-se, *ab initio*, o que são os poderes de autoridades judiciais. A resposta é: poderes judiciais, de juízes. Desta feita, possuem exatamente os mesmo poderes que juízes (magistrados) para investigar? Evidentemente que não. Não se outorgou, pela Constituição, poderes idênticos quanto à auto-executoriedade de medidas que acabem restringindo os direitos fundamentais para fins investigativos. Nesse ponto, levantar-se-ão mais indagações a respostas, as quais deverão ser expostas e respondidas adiante.

É um protesto recorrente a indefinição legal e constitucional quanto a esses poderes. Por certo, a Constituição Federal brasileira define competências que não podem ser ignoradas, não sendo o dispositivo no art. 58, §3º um permissivo para práticas ilegais. A doutrina vem se manifestando quanto a esse ponto, e a conclusão a que se chega é deve haver limites para esses poderes.<sup>427</sup>

É evidente que nem todos os poderes investigativos de um juiz de Direito estão presentes nas comissões parlamentares. Isso pode ser explicado da seguinte forma: quando há dispositivo normativo direta ou indiretamente

<sup>426</sup> Art. 178º, 5, na Constituição portuguesa de 1976 – Revisão de 1997; Art. 44, 2, da Constituição Alemã – “para a obtenção de provas se aplicarão por analogia as normas do procedimento penal, sem prejuízo do segredo de correspondência, do correio e das telecomunicações”; Art. 82 da Constituição italiana de 1947. (ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 155-156). Sobre o dispositivo na Constituição italiana, ver: BARILE. Istituzioni di Diritto Pubblico, p. 295.

<sup>427</sup> Conforme Jorge Miranda, “quando se atribuem às comissões de inquérito poderes de investigação das autoridades judiciais, não se está, evidentemente, a assimilar as posições constitucionais de uns e outros órgãos. Está-se apenas a definir a força jurídica dos poderes das comissões, estendendo-lhes algumas das faculdades compreendidas nos poderes dos tribunais.” E continua: “as comissões de inquérito não têm, por natureza, poderes de instrução em processo penal (...), nem poderes de conformação de direitos, liberdades, e garantias de certas pessoas (...), nem quaisquer poderes de julgamento”. (MIRANDA. Sobre as comissões parlamentares de inquérito em Portugal, p. 64).

Vanossi também afirma serem necessários limites legais para a proteção dos particulares e que ocorra a regulação do funcionamento.

constitucional que restringe os direitos fundamentais (nesse caso, é possível que ocorra restrição), a interpretação deve se dar de forma restritiva, na mesma direção – porém em diferente sentido – que a interpretação dos direitos fundamentais deve ser a mais ampla possível (interpretação extensiva). Não é lícito, então, aumentar o rol de poderes sem que haja autorização constitucional expressa. Tendo em vista que a função da comissão parlamentar de inquérito é a investigação – e, assim mesmo, há limites –, é incabível que seja utilizada com outra finalidade.

Essa parte do §3º do art. 58 é controvertida. Muitos autores vêm entendendo que ocorre usurpação da competência do Poder Judiciário, já que somente este Poder é que teria o poder do inquérito.<sup>428</sup> É claro que existem algumas funções jurisdicionais no Poder Legislativo. Funções atípicas, como, por exemplo, o julgamento do Presidente e do Vice-presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, I, CF88).<sup>429</sup> Contudo, as funções jurisdicionais são limitadas, possuindo, sim, poderes de autoridades judiciais de investigação, mas não podendo restringir direitos fundamentais.

A questão, que ainda não foi respondida, diz respeito à auto-executoriedade e coercibilidade das decisões da comissão de investigação. Existiria tal atributo das decisões da comissão que possuam relação com a diminuição da liberdade individual dos requeridos, como a decisão que obrigue os investigados a apresentarem documentos ou deponham perante os parlamentares, sob pena de prisão, se houver desobediência? A resposta é negativa, em respeito à separação dos poderes. A interpretação aconselhada seria que a Constituição, ao outorgar um poder à comissão de inquérito, também determinou uma obrigação aos particulares (tal como apresentação de documentos, falar a verdade nos depoimentos, entre outros).<sup>430</sup> Contudo, a comissão não poderá executar as suas próprias decisões.

---

<sup>428</sup> Para Miguel Reale, esse dispositivo acabou em “elevação da competência ao plano jurisdicional, no que se refere à missão de investigar”. (REALE. Poderes das comissões parlamentares de inquérito, p. 102); Ainda: “it is clear that a legislative investigation cannot be condemned as a usurpation of the judicial sphere merely because it resembles a trial, in the sense that charges of misconduct against individuals or institutions are involved” (TAYLOR. Grand Inquest, p. 109).

<sup>429</sup> Além desse dispositivo há: art. 52, I e II; Art. 55, §2º, todos da Constituição Federal.

<sup>430</sup> Como afirma Luís Roberto Barroso, “a rigor, o que se pretendeu com a inovação foi dar caráter obrigatório às determinações da comissão, ensejando providências como a condução coercitiva em caso de não comparecimento e impondo às testemunhas o dever de dizer a verdade. Mas, mesmo nestas duas hipóteses, o que se instituiu foi o poder da comissão e o dever do particular. Não houve outorga de auto-executoriedade à comissão, que, em qualquer caso, haverá de servir-se do Poder Judiciário. A norma atributiva de poderes de investigação de autoridade judicial tem caráter material, e não processual. Institui o poder de exigir, mas não o de executar. Em síntese, o sentido da

Deverá requerer ao Poder Judiciário, do qual não poderá usurpar as funções restritivas de direitos individuais.<sup>431</sup>

O ponto central da discussão quanto à locução “poderes de investigação típicos de autoridades judiciais” pode ser exposta da seguinte forma: as comissões possuem poderes de investigação, como convocar pessoas e tomar seus depoimentos, requisitar documentos públicos, tal qual o rol da Lei n.º 1579/52, objeto de observação abaixo; quanto à restrição aos direitos fundamentais, considera-se inconstitucional qualquer tentativa de fazê-lo, pois somente o juiz de direito poderá praticar um ato no sentido de afastar o sigilo de comunicações, correspondências, etc., ou limitar a liberdade de indiciado ou coagir pessoas ao comparecimento. Isso por dois motivos: a) ausência de lei autorizativa (princípio da legalidade) e b) os direitos fundamentais em questão são representados por regras, impedindo, portanto, a ponderação. Esse assunto será abordado em momento oportuno.<sup>432</sup> Somente no caso do afastamento do sigilo de dados há previsão legal, pela Lei Complementar n.º 105/2001, cuja constitucionalidade é discutível, haja vista

---

expressão poderes de investigação de autoridades judiciais é o de criar para a comissão parlamentar e inquérito o direito, ou, antes, o poder de dar às suas determinações o caráter de imperatividade. Suas intimações, requisições e outros atos pertinentes à investigação devem ser cumpridos e, em caso de violação, ensejam o acionamento de meios coercitivos. Tais medidas, todavia, não são auto-executáveis pela comissão. Como qualquer ato de intervenção na esfera individual, resguardada constitucionalmente, deverá ser precedido de autorização judicial”. (BARROSO. Comissões parlamentares de inquérito: limite de sua competência: sentido da expressão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”: inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. *In.*: Revista Forense, v. 335, p. 332). Ver também: BARROSO. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 115; BULOS. Comissão Parlamentar de inquérito: técnica e prática. p. 206.

<sup>431</sup> Conforme Fabio Comparato, “em nenhuma hipótese admite-se que a comissão de inquérito usurpe os poderes do Judiciário, ou com ele rivalize”. (COMPARATO. Comissões parlamentares de inquérito: limites, p. 70). Ainda, consoante ensinamento de Barroso, “seria insensato retirar bens e valores integrantes do elenco secular de direitos e garantias individuais do domínio da serena imparcialidade de juízes e tribunais, e arremetê-los para a fogueira das paixões politizadas da vida parlamentar”. (BARROSO. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 114).

<sup>432</sup> As comissões parlamentares de inquérito não possuem: “a) poderes maiores que os dos próprios magistrados; ao contrário, a norma constitucional limitou-os pelos dos juízes, de modo que àquelas poderão ser deferidos poderes menores que os destes; assim, não tendo os juízes poderes outros que não os estabelecidos na lei, torna-se indubitado que também as CPIs submetem-se à lei, em sentido amplo; b) competência para processar e julgar indiciados (investigados), pois não são tribunais, ou para decretar prisões, salvo em flagrante delito; seus poderes são somente instrutórios; c) poder geral de cautela do juiz, o que não se confunde com poderes de investigação próprios de autoridades judiciais; com base naquele, o juiz pode conceder todas as medidas previstas no art. 768 do Código de Processo Civil e qualquer outra para acautelar provável direito, ainda que não prevista especificamente no Código; em decorrência disso, não podem as CPIs tomar qualquer medida assecuratória real ou restritiva do *ius libertatis*, tal como: proibição de alguém se ausentar do país, seqüestros ou indisponibilidade de bens, busca e apreensão, arresto, sustação de ato praticado pela Administração Pública, ainda que claramente inconstitucional etc.” (ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 162-163).

que a própria regra constitucional não permite essa restrição ao direito fundamental, como tratar-se-á oportunamente.

E, ainda, como podem ser os poderes outorgados pelos regimentos internos das Casas legislativas, também prescrito pela norma constitucional? A matéria foi regulada pelos artigos 35 a 37 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, enquanto no Senado Federal, nos artigos 145 a 153 da sua norma interna. Ademais, o Congresso Nacional, regulou o tema pelo art. 21 e parágrafo único do Regimento, sobre comissões mistas.

A Lei n.º 1579/52, recepcionada parcialmente pela Carta de 1988, prevê os poderes das comissões parlamentares. Por causa disso, perderá a função a parte do dispositivo da Constituição que prevê que os poderes de investigação devam ser determinados por regimentos internos? Entende-se que a resposta é negativa, pois é necessário a observação da norma constitucional à luz do ordenamento constitucional brasileiro, ou seja, é preciso compreender a disposição “outros poderes” à luz das competências legislativas expostas pela própria Constituição.

## **2.2 – As normas infraconstitucionais: poderes e procedimento**

Devido às competências legislativas e ao princípio da legalidade, não basta que a Constituição Federal determine a possibilidade de criação de comissões parlamentares de inquérito, mas é preciso que ocorra a regulamentação da norma constitucional por leis democraticamente promulgadas. Sendo assim, regulam as comissões parlamentares de inquérito a Lei n.º 1579/52, a Lei n.º 10001/2000 e a Lei Complementar n.º 105/2001 – que revogou a Lei n.º 4595/64 –, além do Código de Processo Penal, subsidiariamente (todas leis federais). Há, por fim, os Regimentos Internos de cada Casa Legislativa e do Congresso, que regulam o procedimento interno.

A regulação pela Lei n.º 1579/52 foi quase totalmente recepcionada pela Constituição de 1988, com exceção do disposto no parágrafo único do artigo 1º.<sup>433</sup>

---

<sup>433</sup> “Art. 1º. (...)”

Parágrafo único. A criação de Comissão Parlamentar de Inquérito dependerá de deliberação plenária, se não for determinada pelo terço da totalidade dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado”.



As demais leis regulamentaram a norma constitucional, especialmente sobre o procedimento e atividades necessárias para que os fins sejam alcançados.

A Lei n.º 1579/52 outorgou poderes de investigação às comissões, explicitados no art. 2º, como a convocação de autoridades (Ministros de Estado, autoridades federais, estaduais ou municipais, desde que relacionadas com o objeto de investigação) e a ouvida de seus depoimentos, além de inquirir testemunhas, requisitar documentos públicos e informações de repartições públicas e autárquicas (inclusive sociedades de economia mista, pois há capital parcialmente público – normalmente sob essa configuração estão os serviços de interesse público) e transportar-se para outros locais em que se fizerem necessárias. Todo o artigo foi recepcionado pela Carta constitucional, já que ela outorgou às comissões “poderes típicos de autoridades judiciais”. Essa determinação constitucional, inclusive, é entendida por José Wanderley Bezerra Alves como um acréscimo nos poderes de investigação.<sup>434</sup>

Os atos a serem praticados somente serão válidos se estiverem previstos em lei que regule especificamente aquela norma constitucional, que não possui, por certo, aplicabilidade imediata. Sem a regulamentação, não poderá um indivíduo ser intimado a comparecer, nem seu depoimento terá utilidade ou será válido para ser utilizado como substrato ao processo criminal. Aliás, nem sequer a atuação da comissão produzirá efeitos, tendo em vista a falta de previsão legal.<sup>435</sup>

E mais: os poderes do art. 2º da mesma lei não possuem natureza exemplificativa, mas taxativa, pois explicita com exatidão todos eles, não podendo estender o rol por interpretação extensiva. Se a Constituição Federal de 1988 recepcionou tal artigo, essa lei passou a determinar as formas pelas quais as investigações poderão ocorrer em face de terceiros (investigados), regulamentando

---

<sup>434</sup> Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 146 e 225 e seguintes. Essa questão será novamente abordada adiante, mas já antecipa-se que não se concorda com o “acréscimo de poderes”, que necessariamente deverá se dar por uma lei que modifique a Lei n.º 1579/52, tendo em vista que esta foi recepcionada pela Constituição Federal e, imediatamente, regulamentou o dispositivo constitucional.

<sup>435</sup> “Os poderes de investigação atribuídos às CPIs devem ser exercidos nos termos da legalidade. A observância da legalidade é fundamental não apenas à garantia das liberdades individuais — mas à própria integridade das funções — função como dever poder — das CPIs. Essas não detêm simples poder de investigar; antes, estão vinculadas pelo dever de fazê-lo, e de fazê-lo dentro dos parâmetros de legalidade. Vale dizer, a ordem jurídica atribui às CPIs o dever de investigar, sem contudo exceder as margens da legalidade. Em nenhum momento se justifica a afronta a ela, seja pelos investigados, seja por quem investiga”. (MS 25.908, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 27-3-06, DJ de 31-3-06)

o dispositivo constitucional. Outras disposições, no caso, dar-se-ão com outra lei que possa revogar ou complementar esse rol de poderes, ficando sem efeito, portanto, Regimento Interno que preveja poderes diferentes, ou os majore.<sup>436</sup>

Importante ressaltar, por fim, que, sem essa previsão legal, não é possível compelir o indiciado ou testemunhas a comparecer, e o depoimento não teria validade, pois “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/88), que representa o princípio da legalidade, a quem deve obediência o Estado. Destarte, sem a previsão normativa – por lei no sentido formal –, não pode a comissão, por exemplo, tomar depoimentos (ou requerer a presença de depoentes), e, se o tomar, não possuiria nenhuma validade jurídica.<sup>437</sup>

Além disso, a Lei n.º 1579/52 regula a forma que as testemunhas e indiciados podem ser levados à presença da comissão para serem ouvidos. De acordo com o art. 3º, ambos deverão ser intimados conforme a legislação processual penal. Ainda, essa lei define crimes que possam ser praticados contra a livre atuação das comissões.

Devido à escassez legislativa do tema, em especial quanto ao procedimento a ser adotado e aos poderes detidos pelas comissões, foram feitas remissões nos textos constitucional e legal, para que fosse possível suprir as lacunas. A Lei n.º 1579/52 menciona o Código de Processo Penal como subsidiário com relação ao procedimento<sup>438</sup>, enquanto a Constituição delega competência para os regimentos internos das Casas Legislativas legislarem sobre “outros poderes”.

---

<sup>436</sup> A despeito da existência de hierarquia entre lei (no sentido formal) e regimentos internos, não poderão estes regulamentar os efeitos dos poderes das comissões sobre terceiros alheios ao Poder Legislativo. Somente terão imperatividade sobre questões e pessoal interno, que estão sob o Regimento e lhe devem obediência.

<sup>437</sup> O princípio da legalidade, nesse parágrafo, possui dois sentidos. No sentido do cidadão, ele não será obrigado a comparecer perante uma comissão parlamentar de inquérito se não houver uma lei que o obrigue. Do outro lado da moeda, o Estado não poderá praticar atos, a menos que uma lei (no sentido lato) preveja e permita a prática. Nesse sentido, sobre o princípio da legalidade: SUNDFELD. Fundamentos de Direito Público, p. 152; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 112.

<sup>438</sup> Sobre a aplicação do Código de Processo Penal subsidiariamente, entende a doutrina comparada que é preciso uma legislação própria e específica, sendo problemática a adoção deste Diploma como norma reguladora. Nesse sentido, “como vemos prácticamente nadie defiende la ciertamente vaga referencia de la Ley fundamental y casi todos proponen la alternativa de que se recurra a una ley que regule claramente los poderes de las comisiones de investigación” (MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 91), ao contrário da utilização de uma lei que é insuficiente e causa mais contradições a certezas.

Quanto ao fato do procedimento ser regulado, subsidiariamente, pelo Código de Processo Penal, quando a própria Lei n.º 1579/52 não definir especificamente a matéria, isso não se discute, até mesmo porque, pela lei, as testemunhas e os indiciados somente poderão ser compelidos ao comparecimento mediante ordem de magistrado. Além disso, o silêncio do depoente não pode ser interpretado como confissão (art. 186, *caput* e parágrafo único, e art. 198, todos do CPP), e está desobrigado a responder a perguntas que possam incriminá-lo, causar-lhe prejuízo (art. 406, I, CPC) ou sobre assuntos que estejam sob sigilo profissional (art. 406, II, CPC).<sup>439</sup> Não obstante, é de se ressaltar que o direito ao

---

<sup>439</sup> Mesmo que se entenda ser a “vedação de auto-incriminação” e o “direito ao silêncio” como direitos subjetivos decorrentes do direito fundamental do devido processo legal, não se configuram por si só direitos fundamentais, pois não estão positivados no texto constitucional (art. 5º). Dessa forma, não serão tratados no capítulo abaixo sobre a restrição aos direitos fundamentais nas comissões parlamentares de inquérito.

Não obstante, destaca-se sobre o tema o entendimento da doutrina norte-americana: “(...) there seems no longer to be any doubt that witnesses do have rights of refusal to speak or to produce documents, derived from the First and Fourth Amendments”. (TAYLOR. *Grand Inquest*, p. 186).

Ainda, é necessário abordar como o tema é visto pela jurisprudência constitucional brasileira:

Conforme o Supremo Tribunal Federal, “o direito ao silêncio, que assegura a não-produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.*] (Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 11 18). A premissa acima é suficiente a fazer incidir, automaticamente, a essência dos direitos argüidos na impetração. E se há justo receio de serem eles infringidos, deve-se deferir aos pacientes o necessário salvo-conduto que evite possível constrangimento: não se trata de afirmar que ele ocorrerá, ou ocorreria — até porque, como ressaltado pelo Min. Celso de Mello na decisão liminar do MS n. 25.617, é de pressupor que o conhecimento e a consciência próprias à formação jurídica dos parlamentares que compõem a direção dos trabalhos da CPMI não ‘permitiria que se consumassem abusos e que se perpetrassem transgressões’ aos direitos dos depoentes ou às prerrogativas profissionais dos seus defensores técnicos —, mas, infelizmente, eventos de passado recente, e de público conhecimento, indicam a oportunidade e a necessidade de acautelar qualquer ocorrência.” (HC 87.971-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 13-2-06, *DJ* de 21-2-06). No mesmo sentido: HC 88.553-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 19-4-06, *DJ* de 25-5-06.

Sobre o sigilo profissional, julga o Supremo: “Consubstancia direito do advogado recusar-se a depor, como testemunha, em processo no qual haja funcionado ou deva funcionar ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que caracterize sigilo profissional. A partir da premissa constante, repita-se, da justificativa do requerimento de convocação — o paciente atuou como advogado, na prestação de serviços a certo cliente —, não se tem como placitar o ato da Comissão Parlamentar de Inquérito. Defiro a liminar pleiteada, desobrigando o paciente, ante a convocação, tal como formalizada, de comparecer à Comissão Parlamentar de Inquérito aludida para ser ouvido.” (HC 86.429, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento 8-8-05, *DJ* de 16-8- 05)

silêncio, ou vedação da produção de provas contra si próprio, ou que lhe causem prejuízos, não significa que o depoente possa faltar com a verdade (o que é diferente de permanecer em silêncio), tal como contar fatos inverídicos ou distorcidos, pois isso é tipificado como crime, conforme art. 4º, II, da Lei 1.579/52.

Por derradeiro, os regimentos internos da Casa Legislativa – do Senado e da Câmara, portanto – e do Congresso poderiam, conforme a Carta constitucional, determinar outros poderes às comissões, conforme se retira do dispositivo constitucional? Importante que sejam determinados quais são esses poderes, se possível for, os quais deverão estar adequados ao ordenamento constitucional.

Em primeiro lugar, tem-se de admitir que os poderes das comissões já estão regulamentados pela Lei n.º 1579/52, recepcionada pela Constituição de 1988, de acordo com a abordagem realizada. Na ocasião, afirmou-se que na comissão de inquérito, conforme o princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal) – como duas faces da mesma moeda, que garante a autonomia da vontade do particular e o obrigatório fundamento legal para atos estatais –, não será válida a intimação ou depoimento de indiciados e testemunhas, nem possuirá instrumentos (pelo juiz criminal, evidentemente) para requerer e exigir a presença de indiciados, nem terá poderes para produzir provas, se não fundamentados por lei no sentido formal, ou seja, uma lei promulgada pelo Poder Legislativo e que tenha passado pelo processo legislativo, o que não condiz com a natureza do Regimento Interno, que é lei no sentido material.

Segundo, apesar da previsão constitucional da possibilidade de regulamentação por Regimento Interno, deve-se compreender esse dispositivo como a autorização ao Legislativo para prever formas procedimentais em sua norma interna, tendo em vista que, por não ser lei, não poderá obrigar terceiros a comparecer e depor, pois só possuem efetividade para os membros do Parlamento.<sup>440</sup>

Quanto aos membros, poderá o regimento, certamente, determinar condutas aos parlamentares, incluindo a obrigatoriedade de comparecimento deles

---

(O Supremo Tribunal Federal e as Comissões Parlamentares de Inquérito. Brasília: Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. Endereço: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/cpi/cpi.pdf>, p. 18-19 e 60, acesso em 6 de junho de 2007).

<sup>440</sup> SIQUEIRA Jr. Comissão Parlamentar de Inquérito, p. 96-99.

perante às comissões, ou de apresentação de documentos – excetos os privados –, e outras medidas, se não contraditórias às normas constitucionais e direitos fundamentais.<sup>441</sup>

O Regimento Interno de cada Casa e do Congresso Nacional é um documento normativo (resolução – art. 59, VII, CF/88) que não se confunde com a lei no sentido formal, pois não foi criado por processo legislativo e não exige sanção presidencial. Portanto, como o próprio nome diz, os poderes a ser determinados pelos regimentos internos somente poderão versar sobre questões *interna corporis*, especialmente quanto ao procedimento, e também poderão estipular obrigações aos parlamentares e integrantes do Poder Legislativo (com respectivas sanções), incluindo casos em que os investigados são eles próprios.<sup>442</sup>

O conflito entre a Lei n.º 1579/52 e os regimentos internos não se resumem ao conflito hierárquico, mas especialmente quanto à necessidade de regulamentação dos poderes de comissões parlamentares por lei no sentido formal, conforme preceitua o art. 5º, II, da Constituição Federal. Somente assim os poderes serão legítimos, podendo, então, compelir terceiros alheios ao Parlamento ao comparecimento perante uma comissão parlamentar de inquérito, além de ser

---

<sup>441</sup> Segundo Francisco Campos (Direito Constitucional, p. 106), “a fonte quase exclusiva do direito parlamentar são os regulamentos internos das assembléias. Por estes regulamentos, as casas do Parlamento desenvolvem, interpretam, e constroem as regras constitucionais relativas ao seu funcionamento, assim como exercem a função, sobre todas soberana, de criar o direito próprio ao campo espacial da sua atividade, como é o caso, por exemplo, do direito penal disciplinar, complexo de relações, de sanções e de restrições que a câmara, por sua própria autoridade, institui como legislador e aplica como juiz”. Nota: é preciso que haja previsão de sanções nos regimentos.

<sup>442</sup> Sobre o tema, diz Carlos Maximiliano que “o Regimento Interno é lei somente para a assembléia que o decretou, não obriga a pessoa estranhas senão quando se acham no recinto do Parlamento ou ao serviço de um dos ramos deste (...). Não pode o Regimento Interno violar direitos fundamentais, nem transpor as restrições da lei básica”. (MAXIMILIANO. Comentários à Constituição Brasileira de 1946, p. 25).

Salienta Paulo Brossard: “assim, se é certo que o Regimento não é lei no sentido comum do termo, isto é, não é votado por ambas as Câmaras e sancionado pelo titular do Poder Executivo, nem por isto deixa de ser lei, embora pela natureza das coisas ela tenha dentro do Poder Legislativo a sua gênese e o seu fim. É que sempre se reconheceu ao Poder Legislativo, sem a intervenção de nenhum outro, a elaboração e adoção da sua própria lei, da lei que o disciplina e regula as suas atribuições e os seus órgãos.” (Obrigação de depor perante comissões parlamentares, p. 130); no mesmo sentido: SIQUEIRA Jr. Comissão Parlamentar de Inquérito, p. 93.

Sobre o tema, pondera Ruy Barbosa (Comentários à Constituição, v. II, p. 32-33): “não há nenhuma diferença essencial entre a lei sob a sua expressão de regimento parlamentar e a lei sob a sua expressão de ato legislativo. As instituições que debaixo destas duas formas se consagram apresentam em comum o caráter de império e inviolabilidade a respeito dos entes, individuais ou coletivos, a cujos atos e relações têm por objeto servir de norma. Espécies de um só gênero, entre si não se distinguem uma da outra senão na origem de onde procedem, no modo como se elaboram, e na esfera onde têm de imperar; porque a lei é o regimento da nação, decretado pelo seu corpo de legisladores, e o regimento, a lei de cada um dos ramos da legislatura por ele ditado a sim mesmo. Ainda, ver: ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 154.

permitido a coerção e outras restrições aos direitos fundamentais, mediante ordem judicial com substrato na legislação processual penal.<sup>443</sup>

Ainda, vem a Lei n.º 10.001/2000, após a Constituição de 1988, determinar o procedimento quanto ao envio do relatório conclusivo ao Ministério Público e quanto ao Poder Judiciário, que deverão tomar as medidas necessárias. Sendo assim, concluído os trabalhos da Comissão e com o envio do relatório, serão concretizadas providências pela autoridade responsável em trinta dias, sendo-lhe obrigado a prestar informações sobre os atos praticados neste prazo e a justificativa pela omissão. Além disso, será encaminhada à comissão parlamentar de inquérito relatório semestral do andamento do processo ou procedimento (art. 2º, *caput* e parágrafo único). Este processo ou procedimento terá preferência sobre qualquer outro, exceto sobre o *habeas corpus*, *habeas data*, ou mandado de segurança.

Finalmente, outra lei que regulamenta poderes das comissões de inquérito, o dispositivo mais controvertido, é o da Lei Complementar n.º 105/2001, a qual permite que, a requerimento da comissão, uma instituição financeira seja compelida a fornecer dados financeiros, sem necessidade de análise pelo Poder Judiciário. Pretende-se retomar o estudo desse dispositivo adiante.

### **2.3 – Poderes das comissões parlamentares de inquérito dos Estados-membros e dos Municípios**

Quanto aos poderes outorgados às comissões parlamentares de inquérito estaduais e municipais, e ao seus procedimentos, ainda muito se diverge quanto à necessidade de regulamentação por cada uma dessas pessoas políticas.

Haja vista que a Constituição Federal serve como parâmetro às Constituições estaduais e Leis Orgânicas municipais, não podendo estas contrariar aquela, em muitos dispositivos estas simplesmente repetem ou sequer mencionam as normas constitucionais federais, especialmente nos casos em que estas normas devam ser aplicadas amplamente em todo o território nacional, como ocorre com direitos fundamentais.

---

<sup>443</sup> Conforme o STF: “Eventual antinomia entre preceitos de lei e de Regimento Interno das câmaras legislativas, na maioria das vezes, não se resolve como questão de hierarquia ou de conflito intertemporal de normas, mas, sim, mediante a prévia demarcação, à luz de critérios constitucionais explícitos ou implícitos, dos âmbitos materiais próprios a cada uma dessas fontes concorrentes”. (HC-71.193-6/SP e HC-71.261-4/RJ).

A Lei n.º 1579/52 foi recepcionada pela Constituição de 1988, o que significa que regulamentou o dispositivo da Carta, art. 58, § 3º, quanto aos “poderes de investigação típicos de autoridades judiciais”. Para procurar a elucidação da dúvida neste ponto, é preciso saber da eficácia territorial que possui a Lei n.º 1579/52, pois, como se sabe, uma lei promulgada pela União poderá valer sobre todo território nacional – para União, Estados-membros e Municípios –, podendo ser chamada de lei nacional, ou poderá valer apenas para a União – lei federal.<sup>444</sup>

É de se afirmar que a Lei n.º 1579/52 é federal, não nacional, devendo cada ente pertencente à Federação criar a sua legislação específica, incluindo, evidentemente, a previsão das comissões de inquérito na Constituição Estadual ou na Lei Orgânica municipal.<sup>445</sup> No entanto, remissões ao Código de Processo Penal são permitidas, haja vista a incompetência para o Estado-membro e o município legislar sobre o assunto e pelo fato do Código ser uma lei nacional.

Quando se trata da organização político-administrativa estadual ou municipal caberá a cada um dos entes criar sua legislação, exceto se já houver normas nacionais constitucionais para todos os Estados-membros e Municípios, e desde que não contrarie os dispositivos da Carta constitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto à competência de cada um deles (art. 25, § 1º, CF/88 e art. 30, I e II, CF/88).<sup>446</sup>

<sup>444</sup> Distingue lei nacional de lei federal, defendendo a possibilidade de criação de comissões municipais e estaduais, Américo Gonçalves Valério Filho (Parecer, p. 125).

<sup>445</sup> De acordo com esse ponto de vista, MEIRELLES. Direito Municipal brasileiro, p. 477, nota.

<sup>446</sup> Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 34, § 1º, e 170, inciso I, do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Comissão Parlamentar de Inquérito. Criação. Deliberação do Plenário da assembleia legislativa. Requisito que não encontra respaldo no texto da Constituição do Brasil. Simetria. Observância compulsória pelos estados-membros. Violação do artigo 58, § 3º, da Constituição do Brasil. A Constituição do Brasil assegura a um terço dos membros da Câmara dos Deputados e a um terço dos membros do Senado Federal a criação da comissão parlamentar de inquérito, deixando porém ao próprio Parlamento o seu destino. A garantia assegurada a um terço dos membros da Câmara ou do Senado estende-se aos membros das assembleias legislativas estaduais — garantia das minorias. O modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais. A garantia da instalação da CPI independe de deliberação plenária, seja da Câmara, do Senado ou da Assembleia Legislativa. Precedentes. Não há razão para a submissão do requerimento de constituição de CPI a qualquer órgão da Assembleia Legislativa. Os requisitos indispensáveis à criação das comissões parlamentares de inquérito estão dispostos, estritamente, no artigo 58 da CB/88. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o trecho ‘só será submetido à discussão e votação decorridas 24 horas de sua apresentação, e’, constante do § 1º do artigo 34, e o inciso I do artigo 170, ambos da Consolidação do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.” (ADI 3.619, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 01-08-06, DJ de 20-4-07); no mesmo sentido, ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22-9-04, DJ de 11-11-05.

É indispensável a previsão Constitucional estadual (ou na Lei Orgânica municipal) quanto à possibilidade de criação de comissões pelo Poder Legislativo com a função de investigação. Poder-se-ia entender que a previsão não é necessária por um argumento: devido ao caráter ínsito da atividade investigativa do Poder Legislativo. Outrossim, não é desse entendimento que se compartilha, tendo em vista o princípio da legalidade, sob o qual o Estado deve praticar atos apenas quando autorizado por normas jurídicas, justamente por ser vigente um Estado de Direito. Portanto, faz-se necessária a presença da previsão constitucional estadual ou em Lei Orgânica municipal, compartilhando do mesmo pensamento anteriormente exposto (no âmbito federal).

Devido à competência determinada para cada pessoa política da federação, é evidente que não é permitido que o Estado-membro legisle sobre processo penal, ou crime – em caso, por exemplo, do não comparecimento ao depoimento ou quando o investigado ou testemunha tentem obstruir a investigação das comissões – pois é de competência exclusiva da União (art. 22, I, CF/88). Porém, permite-se que exista legislação sobre procedimento das comissões parlamentares de inquérito, que poderá ser feita pelos regimentos internos de cada Casa legislativa, além de definição dos poderes – por leis no sentido formal – e remissões ao Código de Processo Penal – também por lei – se necessário prever o uso de coerção.

Complementando o argumento, em todos os entes políticos aplica-se, necessariamente, o Código de Processo Penal, caso seja preciso a coerção para que o indiciado ou a testemunha se apresente perante a comissão, mas deverá estar prevista por lei estadual ou municipal tal remissão. Aplica-se essa lei federal ou não se aplica nada, tendo em vista a competência distribuída pela Constituição Federal sobre legislação processual.

Com relação aos poderes definidos pela Constituição Estadual, estes deverão seguir os moldes limítrofes da Carta constitucional de 1988, ou seja, poderes de investigação (unicamente) típicos de autoridades judiciais, não podendo definir formas coercitivas de obrigar a presença de indiciados e testemunhas, ou outra restrição a direito fundamental, como obtenção forçada de documentos privados ou dados de qualquer natureza.



Chega-se a conclusão parcial: não poderão os legisladores estadual ou municipal ampliar, na Constituição Estadual ou Lei Orgânica municipal, os poderes que estão determinados pela Constituição de 1988 – poderes de investigação típicos de autoridades judiciais – , que é um dos limites de atuação do Poder Legislativo. Além disso, poderão regulamentar o procedimento da Assembléia Legislativa ou da Câmara dos Vereadores, poderão determinar um rol próprio de poderes por lei ordinária, nos moldes da Lei n.º 1579/52, mas não poderão, por exemplo, determinar formas de auto-executar suas ordens (no sentido de restrição aos direitos fundamentais), que somente poderá ocorrer por determinação judicial (com base no Código de Processo Penal). Portanto, os limites das comissões parlamentares de inquérito federais tornam-se também os limites das estaduais e municipais, porque são decorrentes da própria Carta Magna.<sup>447</sup>

Quanto aos poderes, se prevista na Constituição Estadual a possibilidade de criação das comissões de inquérito e que, para alcançar seus fins, elas possuam poderes de investigação, poderá, por lei ordinária, ser determinada a variedade desses poderes, sendo defesa a estipulação de poderes diferentes dos do âmbito nacional (art. 105, III, b, CF88).

Por fim, questiona-se se, em caso de inexistência de qualquer previsão normativa estadual ou municipal sobre os poderes das comissões, a despeito de previsão na Constituição Estadual ou na lei orgânica municipal, é possível a aplicabilidade das leis federais diretamente. Igualmente, e pelo mesmo argumento utilizado anteriormente, aduz-se a necessidade de legislação estadual ou municipal a respeito do procedimento de investigação, pois o Estado também está sob o princípio da legalidade. É de competência estadual ou municipal legislar sobre a organização dos seus órgãos e entes, se contrariamente não dispuser a

---

<sup>447</sup> Conforme parecer de José Frederico Marques (Comissão Parlamentar de Inquérito – Assembléia Legislativa Estadual, p. 42), sob égide da Constituição de 1937, é necessário que poderes das comissões parlamentares de inquérito estejam prevista em lei estadual, podendo repetir os dispositivos da Lei n.º 1579/52, exceto quanto aos artigos 3º, *caput*, e 4º (incriminador), mas permitem-se as remissões ao Código de Processo Penal, como prescreve o parágrafo único do art. 3º. Não se concorda com essa posição, tendo em vista a impossibilidade do Estado-membro legislar sobre o Processo Penal, e a possibilidade de se utilizá-lo subsidiariamente em todo território nacional.

Constituição Federal, conforme art. 25, § 1º, para os Estados-membros, e art. 29, XI, para os Municípios, e art. 32, § 1º, com relação ao Distrito Federal.<sup>448</sup>

### **Capítulo 3 – Os limites das comissões parlamentares de inquérito**

Não há dúvidas da possibilidade de utilização desse instrumento investigatório pelos parlamentares para garantir a licitude da atuação estatal. Quanto mais o Estado cresce e se diversifica, torna-se mais necessário o controle e a fiscalização, preservando a coletividade. Contudo, seu uso deverá ser feito de forma racional.

As comissões de inquérito são importante instrumento de controle externo, utilizadas pelo Poder Legislativo, cuja finalidade é, como estudado até o momento, indispensável à concretização dos preceitos constitucionais, especialmente quanto ao cumprimento das tarefas estatais definidas na Constituição. O bom funcionamento do aparato estatal permite que, mesmo indiretamente, sejam os direitos fundamentais realizados, já que procuram preservar os bens coletivos.

Preponderantemente, a atividade dos parlamentares é a legiferação. Desta feita, somente utilizar-se-á o inquérito parlamentar quando nenhum instrumento seja menos constrangedor e promova a mesma eficácia.<sup>449</sup> O seu uso deverá ser uma exceção, não a regra.

É preciso que as causas da criação das comissões sejam razoáveis, voltadas para analisar casos que tenham relevância pública e com fundada suspeita de danos aos bens coletivos.<sup>450</sup>

---

<sup>448</sup> Ver RE-96.049-SP, Rel. Min. Orcar Corrêa, j. 30.06.1983: “não se lhe aplica [à comissão parlamentar de inquérito municipal] o disposto no artigo 3º da Lei n.º 1579/52 e artigo 218 do Código de Processo Penal, para compelir estranhos a sua órbita de indagação”.

<sup>449</sup> PIÇARRA. O Inquérito Parlamentar e os seus Modelos Constitucionais, p. 23.

<sup>450</sup> Apesar da característica de excepcionalidade das comissões parlamentares de inquérito, não é assim que ocorre hoje no Brasil. A grande quantidade de comissões não tem qualquer fundamento, nem qualquer dos requisitos formais ou materiais necessários, nem mesmo interesse público. É o que foi visto em várias ocasiões, as quais nem sequer surtiram efeitos: “CPI do futebol”, no âmbito nacional: (“Congresso cria duas CPIs do futebol em dois dias”. *In.*: Gazeta Mercantil, São Paulo, 06 de outubro de 2000, Caderno A, política, p. A-8); No Estado do Paraná, poucas produziram resultados, conforme matéria jornalística local (“Pouca conclusão e muito holofote marcam CPIs”. *In.*: Gazeta do Povo, Curitiba, 1º de abril de 2007, Caderno Paraná, p. 14). Desde 2003 foram instaladas as seguintes comissões parlamentares de inquérito: “dos Jogos Mundiais da Natureza” (de 17 de março a 10 de dezembro de 2003: a principal meta dos jogos foi alcançada, que era a de divulgar a região); “Paranacidade” (de 17 de março a 19 de novembro de 2003: apontou irregularidades com

A interpretação da Constituição Federal, art. 58, §3º, permite a compreensão dos limites à criação e à atuação das comissões parlamentares. Não apenas as prerrogativas, mas especialmente estão previstas nesse dispositivo as limitações, com o condão de proporcionar uma atividade investigativa eficiente.

Nesses termos, é preciso para a existência das comissões parlamentares de inquérito, do ponto de vista formal, um *quorum* específico (de um terço de seus membros), um tempo certo de duração, um fato determinado. Já sob o critério material, é requisito a matéria de competência daquele que investiga, no território em que investiga.

Não apenas requisitos, mas essas disposições são também limites aos quais submete-se o Poder Legislativo para criar uma comissão de investigação. Tendo sido estudado como as comissões atuam, inclusive quanto aos poderes que detém, deve-se chegar ao tema dos limites (de criação) a ser respeitados pela comissões. Possuem elas amplos poderes de investigação, mas não se ignora esquecer que ainda atuam como agentes do Estado, com o dever de observar as normas jurídicas.

### 3.1 – Limites formais

Os limites formais, que são critérios objetivos quanto à forma, estão definidos no § 3º, do art. 58, da Constituição da República. São os requisitos para a criação de uma comissão de investigação, indispensáveis para a legitimidade do procedimento: *quorum* de um terço dos membros, tempo certo de duração, fato determinado.

---

atividades sem relação com a finalidade da entidade); “do Pedágio” (a partir de 17 de março de 2003 e relatório não aprovado: não havia irregularidade); “da Copel” (de 17 de março a 02 de dezembro de 2003: apresentou recomendações); “do Banestado” (de 17 de março a 24 de novembro de 2003, com relatório apenas apresentado: apresenta recomendações para ressarcimento de prejuízos); “das Universidades” (do início de 2004 ao início de 2005: constatou poucas irregularidades, muitas que já haviam sido superadas pelos controles internos das Universidades – processos administrativos); “do Porto de Paranaguá” (início em 2004, sem relatório aprovado devido a divergências); “da Reforma Agrária” (do início de 2004 ao início de 2005: faz recomendações); “do Grampo Telefônico” (de novembro a dezembro de 2006: ouviu duas testemunhas e relatório parcial, apenas). Destaca-se a atuação da “CPI das Universidades”, exemplo de ilegalidades e incoerências, haja vista a inquirição das testemunhas e indiciados com o intuito de puni-los perante a opinião pública, com comportamentos inadequados por parte dos parlamentares que compunham a comissão e de alguns meios de comunicação.

Deve-se analisar o requisito de criação da comissão parlamentar “mediante requerimento de um terço dos membros”, o que caracteriza a comissão de inquérito como instrumento da minoria. Sendo assim, por muitos autores, a comissão seria o poder, uma prerrogativa da minoria integrante do Parlamento.<sup>451</sup> A atuação da comissão poderá, inclusive, estar voltada para a maioria restante dos parlamentares, investigando suas condutas.

Além disso, não haverá entraves de criação da comissão para o caso do governo ser a maioria entre os parlamentares, o que permite o controle para qualquer que esteja no poder. Se houvesse a necessidade da maioria da Casa para a instauração de um procedimento de investigação, o instrumento perderia a

---

<sup>451</sup> Acerca da prerrogativa da minoria, ver: MAXIMILIANO. Comentários à Constituição Brasileira de 1946, p. 79; ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 81; BIM. A função constitucional das comissões parlamentares de inquérito, p. 110-112.

Conforme o Supremo Tribunal Federal, em julgado recente: “O Tribunal concedeu mandado de segurança impetrado contra a Presidência da Câmara dos Deputados, pelo fato de esta haver admitido o processamento de recurso interposto pelo Líder do Partido dos Trabalhadores-PT — posteriormente provido — contra decisão denegatória de questão de ordem, por ele suscitada, em face do deferimento, pela Mesa, do requerimento de instalação de CPI destinada a investigar as causas, consequências e responsáveis pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro, desencadeada após acidente aéreo com mais de uma centena de vítimas. Inicialmente, afastaram-se as preliminares formuladas pelo líder do PT, litisconsorte passivo necessário, de: a) perda do objeto da ação, tendo em conta que, no julgamento do recurso pelo Plenário da Câmara dos Deputados, a minoria parlamentar não ratificara o número mínimo de subscritores exigido pelo texto constitucional (1/3 de parlamentares da Câmara dos Deputados); b) inexistência de liquidez dos pressupostos fáticos em que se fundava a pretensão mandamental; e c) impossibilidade constitucional de o Supremo apreciar a controvérsia veiculada, haja vista a natureza *interna corporis* das questões debatidas. Relativamente à primeira preliminar, asseverou-se que o julgamento do recurso pelo Plenário da Câmara, ao invés de configurar prejuízo da impetração, conferiria, na verdade, mais ênfase à tese sustentada pelos impetrantes de que a utilização desse recurso regimental poderia frustrar a investigação parlamentar, ocasionando a prevalência da vontade da maioria em detrimento da minoria. Aduziu-se que o requisito constitucional de 1/3, no mínimo, para a criação de determinada CPI diz respeito à subscrição do requerimento de instauração da investigação parlamentar, exigência que deve ser examinada no momento do protocolo do pedido perante a Mesa da Casa legislativa e que não necessita de posterior ratificação. (...) Reconheceu-se que o Presidente daquela Casa legislativa, ao praticar o Ato posteriormente desconstituído, agira de modo irrepreensível, eis que efetivamente preenchidas as exigências a que se refere o art. 58, § 3º, da CF: o requerimento fora subscrito pela minoria legislativa que indicara, de forma clara e precisa, um evento concreto que se ajustaria ao conceito de fato determinado e a omissão quanto à indicação do prazo de funcionamento da CPI teria sido suprida pela incidência automática do que prescrito no art. 35, § 3º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (...). *Writ* concedido para invalidar a deliberação emanada do Plenário da Câmara dos Deputados, que, ao acolher o recurso deduzido pelo Líder do PT, desconstituiu o Ato da Presidência dessa Casa legislativa, e determinar a restauração definitiva da eficácia do mencionado Ato da Presidência da Câmara dos Deputados que reconheceria criada a CPI do sistema de controle do tráfego aéreo, devendo o Presidente dessa mencionada Casa providenciar a publicação do Ato em questão, nos termos e para os fins a que se refere o art. 35, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, com a adoção das demais medidas complementares destinadas a viabilizar a efetiva instalação da CPI em causa.” (MS 26.441, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-4-07, Informativo 464); no mesmo sentido: MS 26.441-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 29-3-07, DJ de 9-4-07; ADI 3.619, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 01-8-06, DJ de 20-4-07.

eficácia, já que, por ter um caráter de controlador externo da atuação do Estado e do governo, não seria possível, ou seria muito difícil que uma comissão viesse à tona.<sup>452</sup>

A instituição, pela Constituição Federal, de requisito de um terço dos membros da Casa ou Casas legislativas garante que seja possível a criação, relativamente, por um pequeno número de parlamentares que concordem com o requerimento. Não servirá ao governo contar com apoio da maioria do Poder Legislativo, podendo a oposição iniciar um procedimento investigativo<sup>453</sup>. A democracia torna-se mais evidente com instrumentos que possam manter os direitos das minorias. Aliás, isso não é apenas previsto no ordenamento brasileiro, mas também em Portugal, sob a Constituição de 1976.

Dois termos sem definição exata no art. 58, § 3º, Constituição Federal, são “fato determinado” e “prazo certo”. Quanto a este, pouco é preciso dizer: significa que a comissão de inquérito deve ter um período de tempo limitado para que desenvolva suas atividades e chegue a uma conclusão (por isso se diz que são comissões temporárias). Conforme Uadi Lammêgo Bulos, evita-se, dessa forma, que as investigações sejam utilizadas com o intuito de prejudicar outrem, distorcendo seu caráter inicial.<sup>454</sup>

Surgida a disposição na Constituição de 1967 (e mantida pela Emenda de 1969), possui intuito de evitar que os trabalhos sejam desvirtuados, expondo os nomes dos investigados indevidamente.

A norma regulamentadora do tempo de existência de uma comissão está presente nos Regimentos Internos das Casas Legislativas, a exemplo do Regimento

---

<sup>452</sup> Para STUDENROTH (*In.*: MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 139), a comissão de inquérito “se concibe como um instrumento político em manos de la minoria parlamentaria para um efectivo control del Ejecutivo”. No mesmo sentido: MURO (Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 25) afirma que “las comisiones de investigación son uno de los medios de que esto suceda pero solo funcionan de manera correcta cuando la minoria puede hacer uso de las mismas en su labor de oponerse al ejecutivo y cuando el derecho que las regula tiene como objetivo asegurar que así sea”; RUBIO LLORENTE, Fernando (La forma del poder, p. 257) afirma que as comissões de investigação “resultan perfectamente inútiles cuando sólo son disponibles por la mayoría”.

<sup>453</sup> No ordenamento jurídico espanhol firmou-se jurisprudência nesse sentido, como demonstra decisão de 2 de agosto de 1978 do Tribunal Constitucional Federal, que afirma que “en el sistema parlamentario de gobierno... no es la mayoría... la que controla al Gobierno, sino que esta tarea es asumida por la oposición – y por tanto por regla general por una minoria” (MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 33).

<sup>454</sup> Conforme Bulos, evitam-se “chantagens políticas, ameaças veladas, pressões psicológicas”. (Comissões Parlamentares de Inquérito: técnica e prática, p. 224). Nesse sentido, ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 186.

da Câmara dos Deputados, que, em seu art. 35, §3º, define que “a Comissão, que poderá atuar também durante o recesso parlamentar, terá o prazo de cento e vinte dias, prorrogável por até metade, mediante deliberação do Plenário, para conclusão de seus trabalhos”. Já no Regimento do Senado Federal, não há especificação temporal, mas determina, no art. 152, que “o prazo da comissão parlamentar de inquérito poderá ser prorrogado, automaticamente, a requerimento de um terço dos membros do Senado (...)”. Deve-se ressaltar que, conforme a Lei n.º 1579/52, art. 5º, § 2º, a comissão deverá, obrigatoriamente, terminar no fim da sessão legislativa em que tiver sido outorgada, podendo ser prorrogada, mas apenas para prosseguir com os trabalhos no período da legislatura em curso, não sendo vedada a criação de uma nova comissão com o mesmo objetivo na legislatura subsequente.<sup>455</sup>

Passando imediatamente à discussão sobre a exigência de “fato determinado” que será objeto de investigação pela comissão, afirma-se sucintamente que não é permitido apenas “fato determinado”, mas é possível que se investiguem “fatos que se encadeiem ou se seriem”<sup>456</sup>, ou, no mínimo, “indícios de fatos concretos”.<sup>457</sup> Contudo, por ser a comissão parlamentar de inquérito um instrumento muito forte, haveria um risco grande se fosse possível criar comissões para averiguar “fatos abstratos, ou situações de contornos indefinidos”.<sup>458</sup> O “fato

<sup>455</sup> SAMPAIO. Do inquérito parlamentar, p. 41. Ainda, de acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 22, II, são comissões temporárias as criadas para apreciar determinado assunto, que se extinguem ao término da legislatura, ou antes dele, quando alcançado o fim a que se destinam ou expirado seu prazo de duração.

<sup>456</sup> “Observe-se que a necessidade de criação das comissões com objeto específico não impede a apuração de fatos conexos ao principal ou ainda de outros fatos, inicialmente desconhecidos, que surgirem durante a investigação, bastando, para que isso ocorra, que haja um aditamento do objeto inicial da CPI”. (MORAES. Limitações Constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito, p. 282). Nesse sentido: VELLOSO. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas, p. 26; PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969, p. 48; conforme entender do Supremo Tribunal Federal: “têm-se reconhecido, com apoio na jurisprudência desta Corte, que a comissão parlamentar de inquérito não está impedida de estender seus trabalhos a fatos que, no curso do procedimento investigatório, se relacionem a fatos ilícitos ou irregulares, desde que conexos a causa determinante da criação da CPI”. Nesse sentido, MS 25.721-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 19-12-2005; MS 25.717-MC, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16-12-2005; MS 25.725-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12-12-2005; MS 25.716-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 16-12-05.” (MS 25.733, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência, julgamento em 3-1-06, DJ de 1º-2-06); no mesmo sentido, no STF, HC 87.214, HC 86.431.

<sup>457</sup> REALE. Poderes das comissões de inquérito, p. 104.

<sup>458</sup> COMPARATO. Comissões Parlamentares de Inquérito – limites, p. 70; Ainda, “a incriminação, ainda que a Comissão de Inquérito tivesse competência para fazê-la e proceder às consequentes investigações, deve fundar-se, para ser objeto de inquérito, na imputação de ações, atos ou fatos concretos, definidos quanto ao *standard* da sua criminalidade a fim de que a Comissão que, desse modo, se se arroga funções de caráter estritamente judiciário (...), e, mais importante, torne possível

determinado” se opõe ao “fato vago”, “impreciso” ou “meras conjecturas”, que permitiria a alteração dos rumos de investigação após a criação da comissão, buscando uma finalidade diversa da inicial. É pressuposto *sine qua non*.<sup>459</sup>

Nas palavras de Pontes de Miranda, fato determinado é “qualquer fato da vida constitucional do país (...); e possa tomar as providências que lhes couberem”.<sup>460</sup> Continua o autor, ilustrando com exemplos, que se o fato for “insolvência”, é preciso que se diga qual é, sendo vedado um “fato determinado” correspondente a uma “crise” (genericamente, *in abstracto*) numa determinada empresa que recebe alguma subvenção, por exemplo, ou a situação do ensino no Estado do Paraná, a situação das Universidades, a evasão de divisas.<sup>461</sup>

Indispensável a lição de Pontes de Miranda quando ensina o que pode ser feito após a determinação do fato:

“Determinado o fato, a pergunta (e todo inquérito contém pergunta implícita ou explícita) pode ser: a) No plano da existência: se houve o fato, ou se não houve. b) No plano da legalidade; e.g., se o fato compõe determinada figura penal ou ato ilícito civil (ou administrativo). c) No plano da topografia: onde se deu o fato. d) No plano do tempo: quando se deu o fato. e) No plano

---

a defesa dos inculpatos, defesa que só seria eficaz se precisadas de modo prévio as acusações, entretanto, formuladas, no requerimento subscrito por ilustres deputados, de maneira vaga, genérica e difusa”. (CAMPOS. Parecer: Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes do Congresso – Direitos e Garantias Individuais – Exibição de Papéis Privados, p. 89); Por fim, ver: LAZZARINI. As Comissões Parlamentares de Inquérito como Instrumento de Apuração da Corrupção, p. 101-102; SAULO RAMOS. Parecer. Comissão Parlamentar de Inquérito – Poder de investigar – fato determinado, p. 197-198.

<sup>459</sup> SANTOS. O Poder Legislativo, suas virtudes e seus defeitos, p. 173-174. Prossegue o autor: “violência policial vagamente expressa, ou corrupção eleitoral, ou vago abuso do poder econômico, ou abuso do poder político são fatos que se repetem. Daí não se conclua que, enquanto se verificarem, está a comissão instalada com poderes para investigar. Certo que há fatos, - e fatos claramente determinados - que se entrelaçam de tal maneira que não há como apurar sem penetrar o outro. Aí, sim, há o encadeamento a que se refere Pontes de Miranda. Mas fora disso, não”. Também ler: SAMPAIO. Do inquérito parlamentar, p. 35; DUARTE. Inquéritos Parlamentares, p. 77; BIM. A função constitucional das comissões parlamentares de inquérito, p. 117 (proíbe-se a devassa, que é a investigação indiscriminada). Conforme o Supremo Tribunal Federal: “escusaria advertir que, se se perde CPI na investigação de fatos outros que não o determinado como seu objeto formal, configuram-se-lhe desvio e esvaziamento de finalidade, os quais inutilizam o trabalho desenvolvido, afrontando a destinação constitucional, que é a de servir de instrumento poderoso do Parlamento no exercício da alta função política de fiscalização. Nenhum parlamentar pode, sem descumprimento de dever de ofício, consentir no desvirtuamento do propósito que haja norteador a criação de CPI e na conseqüente ineficácia de suas atividades.” (MS 25.885-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 16-3-06, DJ de 24-3-06).

<sup>460</sup> PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969, p. 49.

<sup>461</sup> Conforme Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969, p. 48), “a investigação somente pode ser sobre fato determinado, ou em conseqüência, sobre fatos determinados que se encadeiem ou se serem”.

da quantitatividade; e.g., se houve redução do fato, ou a quanto sobe o prejuízo”.<sup>462</sup>

Autor de tese sobre o “fato determinado”, afirma Paulo Ricardo Schier que não é possível deixar a determinação do fato determinado para a discricionariedade do agente, mas deve ser muito bem delimitado, evitando a utilização distorcida do instituto (com fins políticos e revanchistas), a despeito da indeterminação do termo. Não há portanto espaço para discricionariedade: “ou é fato determinado ou não é”.<sup>463</sup>

O fato determinado que é exigido para a atividade de investigação delimita seu âmbito de atuação, com a finalidade de impedir que se desvie do objetivo principal e perca a comissão a finalidade. Assim, afirma Francisco Campos que “o poder da comissão é limitado pelo objeto ou pelo fato que foi encarregada de investigar”. Continua o autor: “a questão da pertinência ou da relevância é sumamente importante, não só do ponto de vista das garantias individuais, como do ponto de vista da seriedade e da eficácia da investigação”.<sup>464</sup>

Por fim, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados define o fato determinado como “o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de constituição da Comissão”, ou seja, um interesse público devidamente fundamentado.

### 3.2 – Limites materiais

As comissões parlamentares de inquérito somente poderão ser criadas e somente poderão investigar de acordo com a competência da casa ou casas legislativas. Explica-se essa afirmação tendo em vista o caráter de ente auxiliar do Poder Legislativo que possui a comissão, ou seja, ela é parte integrante do desse Poder.<sup>465</sup>

<sup>462</sup> PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969, p. 50.

<sup>463</sup> SCHIER. Comissões Parlamentares de Inquérito e o Conceito de Fato Determinado. p. 161.

<sup>464</sup> CAMPOS. Parecer: Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes do Congresso – Direitos e Garantias Individuais – Exibição de Papéis Privados, p. 86

<sup>465</sup> Conforme MUÑOZ (Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 60), “la primera idea sobre el campo en que pueden actuar es que en ningún caso podrá exceder de las competencias atribuidas al Parlamento, dado su carácter de órganos auxiliares de este”.



Esse entendimento é trazido pelo que a doutrina européia chama de teoria do corolário e formulada por Egon Zweig no princípio do século XX, que afirma que o direito de investigação do Parlamento “aparece como lógico ou juridicamente necessário corolário da tarefa atribuída à representação do povo, como preparação imparcial e complementar de cada ato formal, no qual realiza um Parlamento sua competência conforme a Constituição”. Nesses termos, segundo o autor, a competência é determinada conforme a competência do corpo legislativo.<sup>466</sup>

Em geral, os ordenamentos jurídicos estrangeiros adotam o entendimento de que a competência de investigação deve ser coincidente com a competência legislativa, pois, se uma das finalidades de uma comissão é colher informações para poder melhor legislar, sem sentido seria a investigação sobre um tema que não lhe diz respeito. Portanto, nem todo fato determinado poderá ser objeto de investigação de uma comissão de inquérito do Poder Legislativo. É necessário, certamente, que tal fato possua correlação com a sua atividade legiferante, não podendo ser objeto qualquer fato – os delitos deverão ser investigado preferencialmente pela polícia judiciária e pelo Ministério Público, não apenas por serem competentes, mas por possuírem os instrumentos adequados à elucidação dos fatos.<sup>467</sup> Conclui João de Oliveira Filho que

“o fato sujeito à fiscalização do Congresso Nacional ou de suas Casas, são os relativos às matérias de competência do Congresso Nacional, às de competência privativa da Câmara dos Deputados, e os da competência privativa do Senado Federal”.<sup>468</sup>

<sup>466</sup> MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 60.

<sup>467</sup> Pondera João de Oliveira Filho sobre os fatos investigáveis: “São investigáveis todos os fatos que possam ser objeto de legislação, de deliberação, de controle, de fiscalização, por parte de quaisquer órgãos do Poder Legislativo federal, estadual ou municipal.

Não são fatos investigáveis pelo Congresso aqueles que sejam criminosos, salvo quando estejam sujeitos à sua competência jurisdicional” (Comissões Parlamentares de Inquérito, p. 12); No mesmo sentido: BARROSO. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 130; MAXIMILIANO. Comentários à Constituição Brasileira de 1946, p. 80. Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “a possibilidade de criação de CPI se não duvida, nem discute; é tranqüila; sobre todo e qualquer assunto? Evidentemente, não; mas sobre todos os assuntos de competência da Assembléia; assim, Câmara e Senado podem investigar questões relacionadas com a esfera federal de governo; tudo quanto o Congresso pode regular, cabe-lhe investigar; segundo Bernard Schwartz, o poder investigatório do Congresso se estende a toda a gama dos interesses nacionais a respeito dos quais ele pode legislar, “it may be employed over the Whole range of the national interests concerning which the Congress may legislate or decide”, *A Commentary on the Constitution of the United States*, 1963, I, n. 42, p. 126. O mesmo vale dizer em relação às CPI’s estaduais; seu raio de ação é circunscrito aos interesses do estado; da mesma forma quanto às comissões municipais, que hão de limitar-se às questões de competência do município. “ (HC 71.039, voto do Min. Paulo Brossard, j. 7-4-94, DJ 6-12-96)

<sup>468</sup> OLIVEIRA FILHO. Legislativo: Poder autêntico, p. 134.

Historicamente, possuem as comissões de investigação a finalidade de auxiliar a atividade de elaboração de leis, o que pode, ainda, ser constatado ao observar tal atividade do viés teleológico, ou seja, o fim último é manter o Poder Legislativo bem informado para que possa melhor produzir leis de interesses da coletividade. Evidentemente que o instituto tornou-se mais complexo, e o mantimento da democracia e de preceitos constitucionais do Estado de Direito também se destacam como objetivos da investigação. Entretanto, essa complexidade não se traduz na possibilidade de se abrir completamente o leque de hipóteses nas quais poderão ser criadas as comissões de investigação.

Isso se explica porque o Poder Legislativo não pode se voltar contra sua função típica, que é a função legislativa, no âmbito de competência determinado pela Carta Constitucional. A função de investigação deve estar adstrita à essa função legislativa.<sup>469</sup>

Conforme Vanossi, a investigação poderá recair sobre servidores públicos, e também poderá recair sobre atividades particulares, desde que possua relação com a competência legislativa da Casa. Ademais, não é permitido que se investigue os fundamentos de uma sentença judicial (exceto, no entendimento do autor, se houver ilegalidade patente – seguidas decisões deliberadamente ilegais –, o que pode parecer usurpação de competência, no contexto deste trabalho).<sup>470</sup>

Portanto, se a função investigativa deve estar interligada com a função legislativa, simples concluir que a matéria a ser investigada é aquela que lhe cabe constitucionalmente, conforme sua competência, sendo preponderantemente na esfera pública, mas não se descartando a possibilidade de investigação na esfera privada (se imiscuir-se com a pública), que será estudado abaixo.

### **3.3 – Necessidade de interesse público que legitime a investigação**

A atuação estatal se fundamenta preponderantemente no vocábulo interesse público – infelizmente, utilizado como motivo genérico para a atuação –

<sup>469</sup> De fato, “o Senado Federal não pode abrir inquérito sobre assunto que somente é da competência da Câmara dos Deputados. Por exemplo: para apurar fatos que se relacionam com a *iniciativa* de que trata o art. 40, I [da Constituição de 1967, Emenda n.º 1 de 1969]”. (MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969, p. 58).

<sup>470</sup> VANOSSI. El Poder de Investigación del Congreso Nacional, p. 109.

com o intuito de realizar seu maior objetivo, que é a satisfação dos anseios da sociedade. O mal uso do termo acarreta insegurança jurídica, atuando o Estado de Direito como fazia o Estado-polícia. O “princípio da supremacia do interesse público” tornou-se carta branca que permitiu fundamentar qualquer ato estatal em detrimento aos interesses particulares, além de afastar direitos fundamentais.

Na doutrina espanhola, Ignacio Muro afirma que as comissões de inquérito deverão ser criadas para investigar qualquer assunto de interesse público, conforme o art. 76 da Constituição espanhola de 1978 e o art. 82 da Constituição Italiana de 1947<sup>471</sup>. Entretanto, a indeterminação do termo “interesse público” acarreta uma imprecisão na utilização do instrumento, sendo que, à primeira vista, isso parece excluir os assuntos de natureza privada.<sup>472</sup> Não obstante, qualquer investigação de atos supostamente criminosos, por exemplo, podem ser considerados de “interesse público”, haja vista a necessidade do Estado investigar crimes ou atos ilegais, os quais, mesmo que indiretamente, causam prejuízos à sociedade.<sup>473</sup>

Em primeiro lugar, cita o autor o entendimento de alguns autores sobre o interesse público normativo, que justifica a criação de uma comissão parlamentar para investigar o desrespeito à norma que defende interesses públicos. Nesse caso, a investigação inicia-se com um argumento objetivo e concreto: a ilegalidade. Este é o interesse público que justifica a criação de comissão investigativa, considerado como o substrato fático ou motivo do ato constituinte. Então, há de se afirmar que é motivo suficiente o desrespeito a preceitos normativos do ordenamento brasileiro, podendo servir de parâmetro o disposto no art. 37, *caput*: “a administração pública (...) obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.<sup>474</sup>

---

<sup>471</sup> Constituição italiana: art. 82: “Ciascuna Camera può disporre inchieste su materie di pubblico interesse”; Constituição espanhola: art. 76: “El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas las Cámaras conjuntamente, podrán nombrar comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público.”.

<sup>472</sup> MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 77-78.

<sup>473</sup> Conforme lição de Rubio, “la expresión ‘asunto de interés público’ parece vacua e innecesaria. Todo lo que se trate en el Parlamento es de interés público” (RUBIO. La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación, 78).

<sup>474</sup> “(...) mientras que otros autores se basan en lo que ha dado en llamarse interés público normativo, consistente en que debe existir sospecha de lesión de normas jurídicas que sirvan a intereses públicos, o se limitan a referencias relativamente ambiguas como la de decir que ‘el objeto tiene que ser de importancia para el Estado y la sociedad según criterios objetivos’ o que debe hacer una ‘relación con el bien común’. (MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 78)

Há outros que sustentam que basta o interesse público fático, que é o fenômeno que desperte interesses de um público em geral, não necessariamente sendo resultante de alguma ilegalidade. Essa posição permite uma interpretação por demais aberta da locução “interesse público”, cujo veredicto será sua desconsideração. Assim, o mínimo de repercussão social já poderá ser considerado como matéria de interesse público, podendo ser objeto de investigação. Os poderes parlamentares devem, segundo essa corrente, ser entendidos mais amplamente possível, já que nem mesmo a Constituição o limita.<sup>475</sup>

Fica-se, afinal, com o interesse público normativo, pois, com essa vertente, limita-se a atuação da comissão para somente nos casos em que houver desrespeitos a normas jurídicas, incluindo, nesse rol, os princípios constitucionais (como o art. 37, *caput*, CF88). A partir de então, o motivo torna-se analisável pelo Poder Judiciário, não se configurando como conveniência ou oportunidade a ação da comissão, tal como são os atos administrativos discricionários. Não basta fundamentar a constituição de uma comissão parlamentar de inquérito por um argumento de discricionariedade forte, limitação equivalente a dos juízes, mas deverá obrigatoriamente se basear em normas jurídicas, as quais são vinculadas, porque não deixam margem de juízo da conveniência ao aplicador da norma.

A criação da comissão de inquérito, ao motivar o ato num interesse público normativo, legitimará sua existência, pois permitirá o controle objetivo pelo Poder Judiciário. Quando o fundamento é um diploma legal, impossível que a comissão possa invocar meras opiniões pessoais e interesses.

Na prática, o mero “interesse público” vem se tornando argumento que pode fundamentar qualquer ato estatal, sem que se exponha um motivo concreto, como indícios de ilegalidade. A criação das comissões de inquérito pelo Parlamento deverá ter como requisito formal, conforme a Constituição Federal determina, “fato determinado”, o que se compreende como um fato que tenha desrespeitado normas jurídicas, em especial princípios constitucionais. Portanto, não pode fundamentar a investigação por atos e fatos ilegais em tese, por exemplo, ou investigação sobre todos os atos de determinado órgão estatal para a busca de um ilegal.

---

<sup>475</sup> MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 84. Defendem essa posição: ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 378; SAMPAIO. Do inquérito parlamentar, p. 35-36; BARROSO. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 105-108.

Não deve ser considerado de interesse público o negócio privado, exceto se houver correlação direta com atos ilegais que dizem respeito ao Direito Público. Não há, uma linha definida que separa o público do privado, pois é difícil visualizar um ato estatal que não tenha nenhum traço de Direito Privado. Portanto, tão difícil quanto delimitar o espaço público e privado formalmente, é quase impossível fazê-lo concretamente.<sup>476</sup>

Pode ser entendida essa afirmação como verdadeira. No entanto, não é qualquer ato ou fato privado que enseja uma investigação parlamentar. O primeiro limite é quanto ao próprio interesse público. Como já visto, tal interesse, que se tornou carta branca que fundamenta atos estatais sem fundamento concreto, deverá ser utilizado de forma racional. A sua supremacia sobre os interesses particulares não pode ser considerada um princípio, e, menos ainda, um axioma. Não há, portanto, um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que possa justificar e fundamentar atos estatais

Como fundamento à criação de uma comissão que tenha que investigar um fato determinado pode-se citar: os princípios (no sentido de “mandamento nuclear”) da moralidade, da legalidade, da publicidade, da eficiência, da impessoalidade, todos determinados pela própria Constituição Federal brasileira em seu art. 37. O simples fato de se entender – equivocadamente, é claro – um fato como de interesse público para a criação de uma comissão não é substrato suficiente. É preciso que, em nome da segurança jurídica e do respeito à Constituição, existam argumentos mais fortes para motivar o início de uma investigação deste porte. Uma comoção social ou um fato que enseje curiosidade pública não poderá ser utilizada como ponto de partida. Intenciona-se, com essa medida, que o interesse público não seja um argumento para se desrespeitar direitos fundamentais protegidos constitucionalmente e que são garantia dos cidadãos perante à atuação do Estado.

E o interesse público, nesse momento, significa o resguardo aos negócios particulares: entende a doutrina que a comissão de inquérito não pode investigar a vida privada de um cidadão, conforme se denota do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, se ele não exerce função pública<sup>477</sup>, da mesma forma que não

<sup>476</sup> MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 80-81.

<sup>477</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Comissões Parlamentares de Inquérito: limites, p. 70.

é permitido devassar informações internas de uma empresa privada.<sup>478</sup> Neste sentido, é de se admitir que a comissão somente pode investigar aquilo que tiver relação com o interesse público, com a vida da sociedade. É preciso que se mantenha a coerência em todos os momentos das comissões parlamentares de inquérito, somente investigando fatos de ordem pública, podendo também abranger fatos privados se necessário para elucidação das questões se houver conexão com o objeto que fez dar origem aos trabalhos.<sup>479</sup>

O público interesse existente no ato de criação deve ser transportado para a investigação propriamente dita, e decidiu-se tratar neste ponto – e não junto aos direitos fundamentais – porque o fato do objeto de investigação ser de interesse público teria uma relação maior com os limites de uma comissão de investigação, e não, ao menos diretamente, com direitos fundamentais. Ou seja, não se está tratando sobre eventual restrição a algum direito, como o direito ao resguardo à intimidade, por exemplo, que defende – preponderantemente – interesse privado, mas sobre a matéria ou objeto da investigação recair no âmbito privado – como os negócios comerciais particulares, por exemplo, sem invadir a esfera privada do cidadão. Isso porque o que ocorre é que a esfera privada abre-se para o espaço público, e não este invade aquele.

De qualquer forma, há muita dificuldade em se definir a fronteira exata entre o público e o privado.<sup>480</sup> Devido a esse empecilho denota-se que quando a vida privada possui estrita relação com a vida pública (abrindo-se a ponto de tornar-se pública também), não há como deixar de adentrá-la.<sup>481</sup> Se constatada que a esfera pública se confunde com a privada, é perfeitamente admissível o inquérito parlamentar:

“a) na investigação de negócios privados com indícios de abuso econômico; b) na apuração de presumíveis irregularidades em empresas

<sup>478</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 591. Critica-se – exemplificando – a chamada “CPI do Futebol”, cujo objeto de investigação foi o contrato realizado entre CBF (Confederação Brasileira de Futebol) e a empresa Nike Europe B.V. A CBF é sociedade civil sem participação (ou qualquer outro vínculo) do Estado. (BARROSO. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 106-112).

<sup>479</sup> CORWIN. A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual, p. 32.

<sup>480</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 379.

<sup>481</sup> Segundo Tribunal Constitucional Alemão, somente quando “exista una relación con el control de un cargo público o el ejercicio de una función en el ámbito privado del afectado sometido a investigación”. (MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 81). Admite o autor a existência de uma zona cinza, indefinida, entre a esfera pública e privada.

privadas, no que concerne a aplicação de incentivos financeiros ou recursos a juros inferiores aos de mercado, concedidos pelo Poder Público”.<sup>482</sup>

Qualquer fato que tenha causado prejuízo ao Erário, aos bens públicos, à atividade estatal, ao funcionamento dos serviços públicos, entre outros, mesmo que decorrentes de atividades particulares, pode ser objeto de investigação.<sup>483</sup>

Entende-se de interesse público, portanto, um fato determinado que desrespeita norma jurídica. Quando não existirem fatos determinados, indícios, suspeitas, mas, simplesmente, houver intenção do Parlamento de procurar fatos delituosos, mas sem o mínimo de indícios de que tais fatos existem, não existirá o interesse público, pois não houve desrespeito concreto a nenhuma norma jurídica.

### **3.4 – A necessidade de motivação das decisões**

O Poder Legislativo, além dos atos legislativos que pratica, atua mediante atos administrativos quando investiga – tal qual o Poder Executivo – pois representam uma declaração estatal, com efeitos imediatos, devendo respeitar o princípio da legalidade e da juridicidade – este como a observância a todo ordenamento jurídico, especialmente a Constituição –, e sujeito a controle pelo Poder Judiciário. Ressalta-se que os atos administrativos não podem ser comparados aos praticados pela atividade típica do Judiciário – os atos jurisdicionais – ou atos típicos do próprio Legislativo – atos legislativos.

Parte da doutrina conceitua o ato administrativo a partir do conceito de ato jurídico privado, que é definido pelo art. 185 do Código Civil (o conceito encontra-se no Código Civil revogado, de 1916, art. 81). De acordo com essa concepção, os elementos caracterizadores são: manifestação de vontade, licitude e produção de efeitos jurídicos imediatos.<sup>484</sup>

<sup>482</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 379.

<sup>483</sup> SCHIER. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a Defesa dos Direitos Individuais, p. 3.

<sup>484</sup> DI PIETRO. Direito Administrativo, p. 179. No mesmo sentido, José Cretella Júnior (Do ato administrativo, p. 32): “a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”; por fim, entende Celso Antônio Bandeira de Mello (Ato Administrativo e Direito dos Administrados, p. 12-32): “a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei – a título de cumpri-la – sob regime de Direito Público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Entretanto, conceitua-se o ato administrativo como um ato estatal, praticado diretamente ou por quem lhe represente, produzindo efeitos jurídicos imediatos, devendo estar sob a lei, complementando-a, sob regime de Direito Público, sujeito ao controle jurisdicional. Assim, é claro que as comissões de inquérito, mesmo possuindo poderes típicos de autoridades judiciais, praticam atos administrativos, quando, por exemplo, são constituídas ou são convocadas as testemunhas ou são requisitadas informações públicas.

Devem ser praticados atos apenas naquilo em que a lei expressamente permitir, tendo em vista o princípio da legalidade, os quais impedem que o Estado aja sem que exista um fundamento normativo. Possuem, ademais, os atributos de presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, e tipicidade, além dos elementos: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.<sup>485</sup>

Quanto aos atributos, afirma-se que o ato praticado pela comissão goza de presunção de legitimidade – está de acordo com a lei – e de veracidade – os fatos expostos são verdadeiros –, possuem imperatividade – podem ser impostos, não dependendo da aceitação de terceiros – e são exigíveis, mas não executáveis (ou auto-executáveis), pois a coerção somente pode ocorrer através do Poder Jurisdicional, haja vista ser lícito afirmar que nem todos os atos administrativos possuem tal atributo, pois é necessário que esteja previsto em lei e seja medida urgente.<sup>486</sup> No caso, a lei (e nem a Constituição) prevê a possibilidade.

É preciso ressaltar que todos os atos, não importando se diz respeito à constituição da comissão ou sua atuação, devem ser praticados por agentes competentes, o objeto deve ser lícito, a forma conforme prescrita em normas jurídicas, devem ser motivados (devem conter um motivo), além da necessidade de possuir uma finalidade. A ausência de qualquer desses elementos enseja vício e a nulidade do ato, cujo controle poderá se dar pelo Poder Judiciário.

A separação do ato em vários elementos, além de didática, permite que o controle judicial seja mais eficaz, permitindo uma análise objetiva. Isso, inclusive, evidencia o Estado de Direito, ou seja, para que a Administração possa agir o deverá fazer de forma mais objetiva possível e nos parâmetros legais, sendo que

---

<sup>485</sup> Sustenta tais elementos Maria Sylvia Di Pietro (Direito Administrativo), haja vista a previsão na Lei n.º 4717/65 (Lei da Ação Popular), em seu art. 2º. Compartilha do entendimento Cretella Júnior (Do Ato Administrativo).

<sup>486</sup> DI PIETRO. Direito Administrativo, p. 193-194



uma atuação fora desses moldes acarreta nulidade. Todos os atos das comissões somente podem ser praticados se embasados em normas jurídicas, e a desobediência resulta na declaração de invalidade pelo Poder Judiciário, servindo este como guardião da coerência do ordenamento jurídico.

Importante lembrar que os atos praticados pela comissão somente poderão ocorrer se houver a previsão expressa da lei, apesar de poder valorar quanto à oportunidade e conveniência, desde que motivados (e que o motivo seja verdadeiro). Ao Judiciário, contudo, será possível a análise da legalidade de qualquer ato praticado pelas comissões de inquérito, exceto, é evidente, acerca do mérito, como, por exemplo, a intimação para que alguma pessoa deponha, cuja apreciação do juiz será limitada ao aspecto formal do ato, e não se havia necessidade da intimação ou se o depoimento pode ser importante.

A respeito da motivação (e a despeito dos demais elementos do ato), ou exposição dos motivos, uníssono é o entendimento da necessidade dela para fundamentar um ato da comissão de inquérito. Apesar de no Direito Administrativo existir uma divergência quanto à necessidade de motivação quando a lei não impuser expressamente, na atuação da comissão de inquérito, quando determina alguma coisa, deve, obrigatoriamente, motivar a decisão.<sup>487</sup>

Não apenas durante o desenvolvimento dos trabalhos, mas mesmo quando da constituição da comissão parlamentar de inquérito, necessária a presença de um motivo. As ações das comissões deverão sempre ser motivadas da mesma forma que as decisões judiciais (art. 93, IX, CF88). De acordo com Di Pietro, o motivo do ato administrativo “é o pressuposto de fato e de direito que serve de

---

<sup>487</sup> “Não há uniformidade de posições ao respeito. O ilustre Professor e Desembargador Antônio Carlos de Araújo Cintra, em monografia excelente de indispensável leitura, resenha, as distintas orientações e registra a tendência universal, na doutrina e jurisprudência, em prol do ‘alargamento da extensão de incidência da necessidade de se motivarem os atos administrativos’. (...) Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do atos, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, ‘todo poder emana do povo (...)’ (art. 1º, parágrafo único) (...). Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do citado art. 93), a *fortiori* deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, p. 371-373).

fundamento ao ato administrativo”.<sup>488</sup> Não é possível que exista, por exemplo, uma comissão criada para investigar um fato determinado que não condiga com a verdade, como uma comissão criada para analisar contratos suspeitos de ilegalidade que sequer existam.<sup>489</sup>

Para exame da legalidade do ato pela existência dos motivos, é necessário verificar “a materialidade do ato” – se realmente ocorreu o motivo – “a correspondência do motivo existente (...) com o motivo previsto na lei”.<sup>490</sup> Sem o preenchimento desse elemento a ilegalidade será patente. Ademais, um motivo irreal ou que não possua nenhuma relação com dispositivo legal poderia ser o permissivo para o desrespeito a direito fundamental.

A motivação – que é a exposição dos motivos – é, conforme José Wanderlei Bezerra Alves uma exigência do princípio da legalidade, além da obediência ao devido processo legal, sendo bastante comum a invalidação de atos pelo Poder Judiciário por ausência ou deficiência da fundamentação. Para o autor, motivar uma deliberação da comissão de inquérito tem como objetivo permitir o controle judicial, a eliminação da subjetividade, dar conhecimento ao investigado ou testemunha, permitir a lisura do procedimento e o conhecimento do motivo por todos.<sup>491</sup>

A teoria dos motivos determinantes complementa esta exposição, pois quando o ato indica “os motivos que levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros”. É por isso que, neste caso, é lícito ao Judiciário a análise de provas que demonstram que existe o motivo.<sup>492</sup>

<sup>488</sup> DI PIETRO. Direito Administrativo, p. 195. De forma parecida, motivo para Celso Antonio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, p. 367) é o “pressuposto de fato que autoriza a prática do ato”.

<sup>489</sup> “Tratando-se de motivação *per relationem*, impõe-se à comissão parlamentar de inquérito — quando esta faz remissão a elementos de fundamentação existentes aliunde ou constantes de outra peça — demonstrar a efetiva existência do documento consubstanciador da exposição das razões de fato e de direito que justificariam o ato decisório praticado, em ordem a propiciar, não apenas o conhecimento do que se contém no relato expositivo, mas, sobretudo, para viabilizar o controle jurisdicional da decisão adotada pela CPI. É que tais fundamentos — considerada a remissão a eles feita — passam a incorporar-se ao próprio ato decisório ou deliberativo que a eles se reportou.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-99, DJ de 12-5-00)

<sup>490</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, p. 369. Conforme José Wanderley Bezerra Alves, “entende-se por motivada ou fundamentada uma decisão, quando demonstradas de modo inteligível, lógico e preciso, a relevância, a adequação e a necessidade do pronunciamento, conectando os fatos ao conteúdo legal.” (Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 362).

<sup>491</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 362.

<sup>492</sup> DI PIETRO. Direito Administrativo p. 211. Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal entende: “alega-se ainda que a fundamentação se conteria no próprio requerimento de criação da CPI ou nas

Nessa linha, uma importante conclusão deve ser exposta. O motivo deve ser explicitado de forma mais detalhada e precisa possível, determinando o porquê de uma comissão parlamentar haver tomado certa decisão, sendo-lhe vedada a fundamentação por motivos genéricos e bastante vagos, tal qual o – indiscriminado – uso do termo “interesse público”.

#### **Capítulo 4 – Os direitos fundamentais como limites necessários à atuação das comissões parlamentares de inquérito**

É de se reconhecer que as comissões parlamentares de inquérito são instrumentos de grande valia para o perfeito funcionamento do Estado. Portanto, o fundamento é o controle do exercício do governo, ou seja, controla-se a boa utilização dos recursos e atividades estatais. Contudo, o poder de investigação e controle dessas comissões não é ilimitado, e em algumas vezes elas acabam ultrapassando os limites constitucionais.<sup>493</sup>

Os poderes, ademais, não podem ser alargados sem uma permissão legal e constitucional, mas mesmo esses que já existem precisam ser usados sem que ocorra a invasão do espaço particular.<sup>494</sup>

A restrição aos direitos fundamentais deve se dar em casos excepcionalíssimos. Mesmo que se entenda que possa haver restrição sem autorização expressa pela Constituição, consistente na ponderação de bens, para o caso de princípios – no sentido de Alexy –, é necessário que esse recurso seja utilizado apenas em último caso.

---

sessões públicas: aí, *data venia*, na melhor das hipóteses, se está a confundir a motivação — que é a expressa indicação dos motivos determinantes da decisão — com a existência deles. São conceitos de todo distintos". (MS 23.466-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, julgamento 25-6-99, DJ de 01-7-99)

<sup>493</sup> Sobre o tema, ver: LAZZARINI. As Comissões Parlamentares de Inquérito como Instrumento de Apuração da Corrupção.

<sup>494</sup> No direito norte-americano tem-se o seguinte: “na elaboração construtiva do ‘poder de inquérito’, as Comissões têm o direito de inquirir testemunhas, tomando seus depoimentos, e o de puni-las por desacato, desde que recalcitantes. No caso *Quinn vs. United States* (349 US 115) aceitou-se que o poder de investigação do Congresso, apesar de amplo, sujeitava-se a limitações reconhecidas. Não deve ser usado para indagar negócios privados, não relacionados a um propósito legislativo válido. Os poderes de investigação não se confundem com os poderes de execução da lei, conferidos pela Constituição ao Executivo e ao Judiciário. As limitações ao poder de investigar surgem, também, nas garantias individuais específicas das Declarações e Direitos, como o privilegio contra a auto-incriminação. O inquérito não é um fim em si mesmo, visa a uma tarefa legítima do congresso”. (BARACHO. Teoria Geral das Comissões Parlamentares, p. 12).

Nesse sentido, a atuação da comissão deverá permanecer nos limites do razoável. Uma divergência quanto à atuação das comissões de investigação diz respeito à auto-executoriedade de suas decisões, ou seja, na possibilidade dela própria, sem interferência do Poder Judiciário, executá-las. Na lição de Luís Roberto Barroso, “a doutrina, assim antes como depois da Constituição de 1988, se cristalizou no sentido de não serem auto-executáveis as decisões das comissões de inquérito que interfiram com os direitos constitucionais dos indivíduos”<sup>495</sup>, que, no contexto deste trabalho, não se admite mesmo se houver autorização por lei infraconstitucional.

Mesmo que existam as leis regulamentadoras, é de se ressaltar que a Constituição Federal limita o que pode ser disposto por elas, sob pena de inconstitucionalidade. Para se regulamentar a restrição a um direito fundamental por lei infraconstitucional é preciso autorização expressa do texto da Carta de 1988, como se disse anteriormente. Já quanto a outros direitos fundamentais que não possuem restrições na própria Constituição ou possibilidades de restrições por norma legal, questiona-se se a própria comissão de inquérito poderá realizar tal intento, mesmo sem o crivo do Poder Judiciário.

É de se reconhecer que os direitos fundamentais têm o objetivo primeiro de proteger os indivíduos da atuação autoritária do Estado. Na primeira fase deste trabalho, defendeu-se que a Constituição é una, e todos os bens constitucionais devem estar coordenados, evitando que a Carta perca sua integridade. Dessa forma, a outorga de poderes ao Estado, para que investigue atos prejudiciais ao interesse público, sofrerão a limitação imposta, mesmo que indiretamente, pela própria Constituição.

No art. 58, § 3º, da Carta constitucional há a previsão dos “poderes típicos de autoridades judiciais” e “além de outros previstos nos regimentos internos” que são outorgados às comissões de inquérito. Discutiu-se até que ponto os poderes de uma comissão se igualavam com os poderes dos magistrados e se essa confusão não se caracterizava numa usurpação de competência. É importante que essa questão seja aprofundada para também definir, tendo em vista não apenas o disposto na Constituição, mas quanto a outros fatores, até onde pode ir a

---

<sup>495</sup> BARROSO. Comissões Parlamentares de Inquérito – limites de sua competência, p. 179.

investigação parlamentar e quais poderes e prerrogativas a comissão possui, levando em conta os direitos fundamentais.

É certo que tais direitos são a maior barreira à atuação investigativa das comissões parlamentares. Da mesma forma que possuem alguns poderes jurisdicionais de investigação, possuem os parlamentares os limites normativos impostos aos juízes. Não poderão atuar politicamente – “criando” normas jurídicas – mas somente poderão atuar nos limites impostos pela Constituição e pelas leis, até mesmo porque devem, como analisado, respeitar o princípio da legalidade, além do princípio da juridicidade, como concretização dos preceitos constitucionais na atuação do Estado.<sup>496</sup>

As comissões parlamentares deverão observar os direitos fundamentais, a começar pela preservação da imagem dos investigados e testemunhas, mas em especial a proteção da esfera privada, conforme prescreve o art. 5º, X, da Constituição Federal, que define como “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, além do inciso XI (proteção da casa, entendido como asilo inviolável) e o inciso XII (proteção do sigilo de correspondência e de comunicações telefônicas, dados, etc.), entre outros.

É necessário saber, de acordo com os elementos que foram colhidos no decorrer deste trabalho, quando é que poderá ocorrer uma restrição de direitos fundamentais sem que acarrete desrespeito aos preceitos constitucionais. Como visto, *a priori*, os direitos fundamentais são irrestringíveis, exceto se a própria Constituição permitir, apesar de haver entendimentos no sentido de restrição por outros bens constitucionais que se chocariam, concretamente, aos direitos fundamentais.<sup>497</sup>

---

<sup>496</sup> “Porém, em que consistem estes limites? Que fronteiras são estas, dentro das quais as Comissões de Inquérito devem permanecer? Em que direitos se fundamentam estes limites? Serão eles algo abstrato e impreciso, sujeito à interpretação da própria testemunha, de acordo com as suas suscetibilidades? De forma alguma. O simples exame das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos demonstra que esses limites ou fronteiras não são indeterminados nem estão sujeitos ao alvedrio da testemunha, pelo simples fato de que, se assim fossem, seria verdadeira ‘terra de ninguém’ e, não, limites, porque estes pressupõe área, espaço, campo de ação ou poderes demarcados”. (ANDRADE. Comissões Parlamentares de Inquérito nos Estados Unidos, p. 25).

<sup>497</sup> “A lo largo del examen de los poderes de las comisiones convendrá recordar siempre estas ideas ya que el ejercicio de los mismos puede poner en peligro valores constitucionalmente reconocidos y protegidos que no debe en ningún caso ceder ante las necesidades de un proceso investigador” (MURO. Las comisiones parlamentarias de investigación, p. 93)

Para ser possível se chegar mais próximo a uma conclusão sobre a retributibilidade dos direitos fundamentais em face da atuação da comissão pode-se chegar às seguintes pré-conclusões: a) a comissão somente pode praticar os atos permitidos em lei e acordando com os preceitos normativos da Constituição Federal, conforme o princípio da legalidade e da juridicidade, este como um dever de obediência às normas constitucionais; b) o afastamento dos direitos fundamentais, se possível for (pela comissão ou por requerimento ao Poder Judiciário), deve ocorrer mediante ponderação de bens, apesar de isso ser possível apenas para o caso de direitos representados por princípios, jamais por regras, porque estas são normas fechadas e não permitem mais qualquer tipo de ponderação; c) a ponderação deve ser realizada apenas na forma exposta na primeira fase deste trabalho, ou seja, somente entre bens constitucionais; d) dessa maneira, é de extrema importância determinar qual a configuração normativa de cada direito fundamental, pois é a partir da diferenciação entre regras e princípios será possível a restrição ou não de um determinado direito fundamental.<sup>498</sup>

Para proteger a efetividade da Constituição, poderá ser necessária a intervenção do Poder Judiciário mediante provocação do prejudicado, não sendo considerada como invasão nos assuntos internos das comissões parlamentares de inquérito, pois é preciso que os juízes mantenham a integridade do ordenamento.<sup>499</sup>

Deve-se passar à análise de cada uma das restrições aos direitos fundamentais. A abordagem ater-se-á sobre: a proteção da liberdade e da propriedade, a proteção da imagem, a proteção do domicílio, das comunicações e das correspondências e do sigilo de dados, e a vedação de provas ilícitas.

#### **4.1 – A proteção da liberdade pessoal e da propriedade**

---

<sup>498</sup> A diferenciação, conforme Novais, constitui um instrumento teórico eficaz na configuração das restrições aos direitos fundamentais, “particularmente no que se refere às possibilidades de restrição dos direitos fundamentais consagrados sem reservas [quando não há cláusula de exceção]”. Para o autor, a diferença diz respeito à ponderação já realizada pelo constituinte, ou seja, se ele já ponderou tudo que tinha para ponderar, ou não. (NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 580).

<sup>499</sup> É de se afirmar que “quando os direitos e liberdades de um cidadão se achem em jogo, as Câmaras não são juízes finais de seus direitos e privilégios e a legalidade de sua ação pode ser questionada ante os tribunais”. (COSTA. Origem, natureza e atribuições das comissões parlamentares de inquérito, p. 115); Conforme Góis de Andrade (Comissões Parlamentares nos Estados Unidos, p. 33), o Poder Judiciário somente pode interferir se a comissão ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição.

A liberdade e os bens da pessoa estão sob proteção constitucional, jamais podendo ser privada desses direitos, exceto por determinação judicial e sob o devido processo legal. Conforme a Constituição Federal, art. 58, §3º, as comissões de inquérito terão poderes de investigação somente, não poderes que possuam o condão de restringir a esfera de liberdade e da propriedade com o objetivo de garantir o resultado da tarefa investigatória.<sup>500</sup>

Nessa linha, medidas assecuratórias, no tocante à propriedade, não são permitidas, tais como o seqüestro, arresto, hipoteca legal, ou indisponibilidade, que são meios de retenção de bens do investigado, que é uma violação ao direito fundamental de propriedade e do devido processo legal (art. 5º, XXII e LIV, da Constituição Federal).<sup>501</sup> Deve investigar, não procurar garantir situações futuras.

Entende-se que as comissões parlamentares de inquérito não poderão decretar prisão e limitar a liberdade de um indiciado ou testemunha (como medidas acautelatórias), nem decretar medidas assecuratórias aos bens dos indiciados, pois dependem de ordem judicial, exceto em caso de flagrante delito, cujo poder é outorgado a qualquer cidadão, conforme Código de Processo Penal (desacato e os crimes previstos no art. 4º, Lei 1579/52, por exemplo). Por evidente, conduzir um investigado à prisão preventiva por ordem de uma comissão de inquérito é uma

---

<sup>500</sup> A liberdade, neste caso, não possui o significado de “liberdades públicas”, num sentido que abrange diversos direitos fundamentais e individuais (v.g. direito de reunião, de associação, de vida privada, democracia, liberdade política), mas, sim, o antônimo de detenção ou reclusão.

<sup>501</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 383. Segundo o autor, seqüestro “incide em relação à coisa litigiosa”, arresto “abrange quaisquer bens” e hipoteca legal “é um direito real instituído sobre imóvel do investigado”, para assegurar bens com o intuito de garantir a reposição econômica de valores subtraídos do Erário, se comprovados (CPP, art. 135). Ainda: BARACHO. Teoria Geral das Comissões Parlamentares, p. 186; Por outro lado, as Comissões Parlamentares de Inquérito jamais terão os mesmos poderes cautelares que possuem as autoridades judiciais durante a instrução processual penal, por carecerem de competência jurisdicional. Nesse sentido, afirmou o Supremo Tribunal Federal que as comissões “não podem decretar medidas assecuratórias para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória, uma vez que o poder geral de cautela de sentenças judiciais só pode ser exercido por juízes”. (MORAES. Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito, p. 284). A jurisprudência é unânime quanto ao assunto: STF – Pleno – MS 23.469-DF, MS 23.435-DF e MS 23.471/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 10-11-99 – Informativo STF nº 170. No mesmo sentido: STF – Pleno – MS nº 23.446/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 18-8-99 – Informativo STF nº 158.

Nesse sentido, conforme acórdão do STF, “não confundir ‘poderes de investigação do juiz’ (CF, art. 58, § 3º) com o poder geral de cautela judicial: isso significa que a CPI não pode adotar nenhuma medida assecuratória real ou restritiva do ‘jus libertatis’, incluindo-se a apreensão, seqüestro ou indisponibilidade de bens ou mesmo a proibição de se afastar do país”. (MS n.º 23.452 / RJ)

restrição não autorizada ao direito fundamental e violaria, em tese, o art. 5º, LXI, da Constituição da República.<sup>502</sup>

Pelo fato de alguns estarem irredutíveis, já existe proposição legislativa com condão de majorar os poderes das comissões de inquérito no tocante à faculdade de decretar a prisão, auto-executando suas decisões, sem interferência do Poder Judiciário.<sup>503</sup> Evidentemente que um projeto legislativo dessa natureza

<sup>502</sup> As comissões parlamentares de inquérito não poderão “*decretar quaisquer hipóteses de prisão, salvo as prisões em flagrante delito*”: as Comissões Parlamentares de Inquérito não possuem competência constitucional para a decretação de prisões temporárias, preventivas ou quaisquer outras hipóteses, salvo as prisões em flagrante delito, uma vez que a Constituição Federal reservou ao Poder Judiciário a função de zelar pelo *status libertatis* individual, nos termos do art. 5º, LXI. Diferentemente das Constituições de 1824 (art. 179, X), 1891 (art. 72, § 13), 1934 (art. 113, nº 21), 1937 (art. 122, nº 11), 1946 (art. 141, § 20), 1967 (art. 150, § 12), EC nº 01/69 (art. 153, § 10), somente o Poder Judiciário poderá emanar ordens de prisão, salvo a hipótese de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei, pois a tutela à liberdade com a conseqüente limitação do poder estatal sobre o *status libertatis* do indivíduo consiste em uma das maiores conquistas do Estado de Direito. As CPIs somente poderão decretar prisões em flagrante delito, inclusive por falso testemunho, desde que, nessa hipótese, obviamente, não se trate do próprio investigado ou ainda de pessoa que deixar de revelar fatos que possam incriminá-la, em respeito ao constitucionalmente consagrado *direito ao silêncio* [Conferir a respeito, RTJ 163/626, em que o STF decidiu que “não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la.”] (MORAES. Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito, p. 284.).

No mesmo sentido, BARROSO. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 135-137; SCHIER. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a Defesa dos Direitos Individuais, p. 2; SIQUEIRA Jr. Comissão Parlamentar de Inquérito, p. 87.

Julga o Supremo Tribunal Federal que não deve a comissão “jamais ultrapassar o intransponível limite da ‘reserva jurisdicional constitucional’, isto é, a CPI pode muita coisa, menos determinar o que a Constituição Federal reservou com exclusividade aos juízes. Incluem-se nessa importante restrição: a prisão, salvo flagrante (CF, art. 5º, inc. LXI)” (MS nº 23.452).

<sup>503</sup> Parlamentar pretende alterar tal situação: Proposição legislativa nº 116/2007, do Senhor Deputado Federal Neilton Mullin (PR/RJ).

Justificativa: “a Comissão Parlamentar de Inquérito foi um dos grandes avanços institucionais do Parlamento moderno, tendo inclusive os poderes investigativos de autoridade judicial, porém, este instrumento tem se tornado inócuo devido a falta de recursos processuais para levar adiante suas investigações, uma vez que fica dependente do Ministério Público ou da autoridade policial para solicitar a prisão provisória de um investigado.

Esta situação tem sido um elemento de desmoralização e esvaziamento dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito causando uma grande frustração em toda a sociedade.

Assim, esta alteração proposta na lei que instituiu a prisão temporária vem ao encontro da verdadeira competência do Parlamento e evita as saídas da lei que permitem a soltura de pessoas com grande indícios de culpabilidade e que devido as falhas da lei continuam soltas e destruindo provas importantes.

Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: Parecer do Relator, Dep. Neucimar Fraga (PR-ES), pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, com substitutivo, e, no mérito, pela aprovação.

Parecer: “Não há, outrossim, nenhuma ofensa aos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico.

No mérito, a proposta apresenta-se oportuna e conveniente. As Comissões Parlamentares de Inquérito representam relevante instrumento investigatório para os grandes fatos que interessam à sociedade brasileira. Permitir que a prisão temporária seja um dos fatores para a elucidação dos fatos por elas investigados, é avançar política e juridicamente e dar-lhes ferramenta adequada para



padece do vício da inconstitucionalidade, já que extrapola os limites do poder de investigar.<sup>504</sup>

Além disso, a justificativa utilizada pelo autor e relator da proposição de lei – frustração perante a sociedade, desmoralização das comissões, oportunidade, conveniência, possibilidade de destruição de provas – não afastam a manifesta inconstitucionalidade.

Qualquer medida ou ato normativo que ameace a integridade do ordenamento com relação à Constituição Federal não pode prosperar. Considera-se que não são possíveis tais restrições ao direito fundamental de liberdade, pois os poderes das comissões são somente o de investigar (“seguir os vestígios, fazer diligências para achar, examinar”, semanticamente falando), não de assegurar resultados, acautelar situações ou de condenar investigados, os quais dependem necessariamente de decisão ordem do juiz competente, conforme se depreende do art. 58, § 3º, cumulado com o art. 5º, todos da Constituição Federal. Aliás, trata-se esse dispositivo de uma norma-regra, não podendo ser interpretada para possuir outros poderes além dos de investigação, que está explícito.

Nesta linha, a despeito da posição da doutrina e da jurisprudência, é importante que se analise o problema com fundamento no estudo realizado até o momento. Deve-se definir qual é a natureza das normas de direito fundamental no tocante à proteção da liberdade e da propriedade, que são expressos pela Carta de 1988 (art. 5º) da seguinte forma: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária”, salvo entre os militares, que possuem regime constitucional diferenciado; e “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De início, é importante lembrar que apenas regras possuem cláusulas de exceção, não princípios, pois o Constituinte Originário já realizou todas as ponderações que entendeu necessárias.<sup>505</sup>

---

os fins a que se destinam. A prisão temporária, como sugerida pelo presente Projeto de Lei e como ferramenta das CPIs, evitará que o investigando venha a destruir provas que interessam ao deslinde dos fatos em análise por aquelas.”

<sup>504</sup> “Sobre o tema, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas, até porque a Constituição não dá qualquer liberdade para tervigersar”. (ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 386).

<sup>505</sup> Nessa linha, importante ressaltar que não tem a comissão de inquérito a competência para punir, conforme já decidia a Suprema Corte Norte Americana: “*Power to make inquiries and obtain evidence by compulsory process was not involved. The court recognized distinctly that the House of Representatives has implied power to punish a person not a member for contempt, as was ruled in*

Quando a norma determina que “ninguém será preso”, exceto nos casos de flagrante delito ou por ordem judicial, deixou bem claro que será somente nesses casos expressos. Trata-se de uma norma-regra, não podendo alargar sua aplicação nem pode ser ponderada com princípios, mas deve ser aplicada exatamente de acordo com o mandamento. Mais uma vez, ressalta-se que se vistas pela teoria de Alexy e de Virgílio Afonso da Silva, as normas constitucionais tradicionalmente entendidas como princípios (em sua maioria), são, na verdade, regras.<sup>506</sup>

## 4.2 – A proteção da vida privada

Não é recente a problemática da proteção da vida privada. Quanto mais se evolui tecnologicamente, mais difícil torna-se sua proteção, tal qual conta George Orwell, na obra “1984”, cujo Estado tinha total controle da vida do cidadão, desaparecendo a dicotomia público-privada. A esta discussão se une o que foi abordado no ponto sobre tal dicotomia, que somente com a “retração do espaço familiar” surgiu o “privativo”. Como afirma Calmon de Passos, “hoje, o privado pode ser visto como aquilo que comporta a exclusão dos outros, e a privacidade o que em nós não é apropriável, sob pena de aniquilamento de nossa própria condição humana”.<sup>507</sup>

Para a análise a seguir, mister que se faça uma breve introdução, pois todas as discussões abaixo têm relação com o termo “privacidade”. Isso porque a locução é bastante ampla, abrangendo tudo aquilo que faz parte da vida privada do indivíduo, nos termos da classificação adotada por José Afonso da Silva. Para o autor, o “direito à privacidade” é tido num sentido genérico e amplo, “de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade (...)”. Sendo assim, a privacidade é “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. Portanto, sendo bastante abrangente o conceito, “privacidade” representa a vida

---

*Anderson v. Dunn, supra, but held that its action in this instance was without constitutional justification*” (McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927), p. 173, in.: <http://supreme.justia.com/us/273/135/case.html>, acesso em 30 de junho de 2007)

<sup>506</sup> SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito, p. 36. Essa discussão já foi travada anteriormente, na parte 2.

<sup>507</sup> CALMON DE PASSOS. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal, p. 62-63.

doméstica, relações com a família, com terceiros, hábitos, nome, imagem, pensamentos, segredos, planos.<sup>508</sup>

Conforme José Afonso da Silva, não é incomum considerar o Direito à intimidade como sinônimo do direito à privacidade, consoante entendimento de Cretella Júnior<sup>509</sup>. De acordo com aquele autor, não é procedente confundir ambos os direitos, pois a própria Constituição os trata de forma diferente. O art. 5º, X, da Carta de 1988 separa a intimidade da privacidade, esta considerada como “vida privada, honra e imagem das pessoas”.<sup>510</sup>

É interessante imprimir o entendimento de Hannah Arendt. Para a autora, a separação entre o espaço público e privado tornou-se muito diferente na modernidade em relação aos períodos históricos precedentes. Sendo assim, “a privacidade moderna, em sua função mais relevante – proteger aquilo que é íntimo – foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual, portanto, tem laços ainda mais estreitos e mais autênticos”.<sup>511</sup>

A privacidade abrange muitos conceitos que são determinados pela Constituição. Por isso, utilizar-se-á para abranger tanto a pessoa humana quanto às informações referentes a ela. Conforme Alexandre de Moraes, a privacidade tem o condão de proteger da interferência na vida privada de alguém, da ingerência na integridade física ou mental, na liberdade intelectual e moral, dos ataques à honra e reputação, de falsas imputações, de violações e revelações da intimidade, do uso indevido da imagem e nome, da espionagem, da violação de correspondência, da má utilização de informações, da violação do sigilo profissional e também do sigilo de dados (bancários e fiscais).<sup>512</sup>

Nesses termos, possui relação não apenas com o indivíduo, ou seu espírito, mas também a tudo que lhe cerca e que tem relação intrínseca a ele. Já a intimidade, especificação da privacidade, trata-se de uma esfera obscura inacessível para terceiros que desejem adentrá-la. Não é necessariamente um local físico, mas tudo que faz parte de uma pessoa e que não pode ser compartilhada

<sup>508</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 206.

<sup>509</sup> Para Cretella Júnior, “o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que intimidade do cidadão é a sua vida privada, no recesso do lar” (Comentários à Constituição de 1988, p. 257). No mesmo sentido, considerando termos muito próximos: QUEIROZ. O sigilo bancário, p. 43.

<sup>510</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 206.

<sup>511</sup> ARENDT. A condição humana, p. 48.

<sup>512</sup> MORAES. Direito Constitucional, p. 93.

com outros indivíduos. Pode ser considerado individual ou coletivamente (como a intimidade de uma família, por exemplo, que não se resume ao espaço da residência).<sup>513</sup> É um limite rígido o resguardo da intimidade, da esfera privada do indivíduo. Ingerências do Estado nessa área não são permitidas e atentam contra o Estado de Direito.<sup>514</sup>

Concentrar-se-á no estudo da vedação das comissões parlamentares de inquérito quanto à invasão na esfera privada do investigado, com a intenção de abranger muitas questões que dizem respeito ao próprio indivíduo indiciado e as testemunhas, tais como invasão de domicílio para busca e apreensão de bens e informações, além da proteção de documentos particulares, e também a proteção de negócios comerciais particulares, informações sigilosas e proteção dos bens privados.

#### 4.2.1 – A integridade da personalidade: proteção da honra e da imagem

Comumente, investigações acerca de ações que teriam prejudicado a sociedade são de grande vulto, com repercussão em todos os meios de comunicação. Em muitos episódios é possível acompanhar sua transmissão em tempo real pela mídia, expondo o trabalho dos parlamentares com todos os detalhes, especialmente quanto à inquirição dos indiciados e testemunhas.<sup>515</sup>

A possibilidade de qualquer do povo acompanhar o andamento das investigações, *a priori*, garante a licitude do procedimento. A Constituição Federal de 1988, em regra, pugna pela publicidade de qualquer procedimento do Estado, até mesmo para que a legalidade do procedimento seja atestada, permitindo algumas exceções, nos casos de interesses coletivos e para proteção da privacidade. Esse entendimento se retira do exposto no art. 5º, LX, da Carta

<sup>513</sup> Do ponto de vista da “privatividade”, e não do “corpo político”, a diferença entre o público e privado equivale ao que deve ser exibido e ao que deve ser ocultado, conforme Arendt (A condição humana, p. 82).

<sup>514</sup> “No caso da Suprema Corte – Kilbourn vs. Thompson (103 U.S. 168) – foi dito que nenhuma das casas do Congresso possuía o *poder geral de fazer inquéritos dentro dos negócios privados do cidadão* – ‘*general power of making inquiry into the private affairs of the citizen*’.” (ANDRADE. Comissões Parlamentares de Inquérito nos Estados Unidos, p. 25).

<sup>515</sup> Calmon de Passos afirma que as empresas de comunicação obtiveram grande poder político e cita, para tanto, Umberto Eco, que, por sua vez, afirma que, atualmente, não há necessidade de exército, mas bastam os meios de comunicação, que são eles próprios uma ideologia. (CALMON DE PASSOS. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal, p. 64).

constitucional.<sup>516</sup> Contrariamente, o inciso XIV desse mesmo artigo pugna pelo direito à informação, ou seja, o povo tem direito de ter acesso aos acontecimentos que possuem relação com o país.

Em tese, não se vislumbra a possibilidade de que uma investigação possa causar danos à imagem, à honra e à vida privada de uma pessoa (protegidas pelo inciso X, art. 5º, CF/88), especialmente devido à presunção de inocência, que é direito fundamental. A Constituição, de fato, não anota nenhum limite expresso entre o direito de informação e direito à proteção da honra e imagem da pessoa, conforme destaca Fruet.<sup>517</sup>

Entretanto, concretamente, o dano causado pela investigação pública pode ser tão prejudicial quanto à própria condenação, pois a opinião pública pouco sabe lidar com situações como essas e normalmente a imparcialidade necessária a qualquer juízo não está presente quando comentada pelos meios de comunicação. Conforme Manuel da Costa Andrade, os danos que possam ser causados pela veiculação das informações pela imprensa, que são formalmente livres, são “o outro lado da rua”, ou seja, bens jurídicos pessoais, como a honra, a intimidade, o segredo, até o direito de ressocialização, podem sofrer com tal liberdade.<sup>518</sup>

A hipótese é complexa. A publicidade absoluta da atividade de investigação, quando as sessões são veiculadas das mais diferentes formas, muitas vezes, como decorrência da curiosidade popular, sendo amplamente divulgadas, acarretam conclusões antecipadas da sociedade acerca da responsabilidade de cada um dos investigados. É certo que a publicidade deverá ser regra, porém limites são necessários, pois o excesso poderá causar danos irreparáveis àquele que se coloca à disposição das comissões.<sup>519</sup>

---

<sup>516</sup> “É conveniente anotar que a sistemática adotada pelo Brasil, de realização de sessões públicas, e a mesma de outros Estados democráticos, como é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos, Itália, Alemanha e Portugal, admitindo-se a todos eles a realização de sessões secretas mediante deliberação da maioria”. (ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 214-215). A regra, portanto, é a publicidade, e o sigilo, a exceção.

<sup>517</sup> FRUET. Lei de imprensa e liberdade de informação. O limite entre a norma penal e o direito de ser informado, p. 159. Destaca o autor a importância do direito à informação para o bom funcionamento da democracia.

<sup>518</sup> ANDRADE. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal, p. 55.

<sup>519</sup> “Numa inextrincável mistura de afirmações de facto e de juízos de valor ele vê a sua vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim ele estará civicamente morto, vítima do assassinio da honra. Mesmo quando estas conseqüências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a continuadora directa da tortura medieval. Em qualquer

Não é admissível que, com a passagem à pós-modernidade, os inquiridos ou investigados possam ser considerados não-pessoa (culpados), tratados como “inimigos públicos”, na concepção de Carl Schmitt<sup>520</sup>. Ademais, esta configuração constitucional estatal não permite nenhuma exceção para o tratamento das pessoas, incluindo os suspeitos. Ou mantém-se o Estado de Direito ou, como afirma Zaffaroni, o Direito Penal do Inimigo, que é a verdadeira representação do Estado de Exceção.<sup>521</sup>

Conforme Calmon de Passos, a proteção da privacidade em face dos meios de comunicação é um problema originalmente político e somente por termos políticos será possível se chegar a uma solução eficaz, a qual seria, para o autor, sancionar certas condutas abusivas (como a falta da verdade na informação veiculada). Ademais, tudo de privado que é publicado deixa de ser privado, e isso ocorre com frequência, pois – nas palavras de Calmon de Passos – o que importa é o ganho econômico, mesmo que isso signifique o vilipêndio da dignidade pessoal e da privacidade.<sup>522</sup>

Segundo a lição de Nelson de Souza Sampaio, a publicidade das sessões das comissões parlamentares de inquérito possuem um caráter ambíguo, pois, se de um lado a extrema publicidade pelos meios de comunicação podem desvirtuar a finalidade da investigação, suprimindo a avidez pela publicidade com a publicação do relatório, no sentido inverso, em certos momentos o trabalho somente é bem desenvolvido quando se mobiliza a opinião pública, que cobra eficiência. De qualquer forma, declara que a solução seria um “meio-termo” entre as duas posições: “manter a regra das sessões públicas, conferindo, porém, à maioria da comissão o direito de decidir o contrário; evitar os excessos de publicidade

---

dos casos é irrecusável o seu *efeito-de pelourinho*”. (OSSENBÜHL, *in*.: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, p. 55).

<sup>520</sup> SCHMITT. O conceito de político. O conceito de inimigo para este autor é o “estranho”, o “estrangeiro”, o “hostis” (*public enemy*); CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical, p. 356-358; sobre o tema e a perda da cidadania ou vida política como a perda dos direitos humanos, ver: ARENDT. *As origens do totalitarismo*, p. 324-336. A autora trata ainda daquele indivíduo considerado “estranho” numa comunidade.

<sup>521</sup> ZAFFARONI. *O Inimigo no Direito Penal*, p. 21 e seguintes.

<sup>522</sup> CALMON DE PASSOS. *A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal*, p. 65-67.

(especialmente a irradiação ou o televisionamento), sobretudo quando atinjam direitos de cidadãos inermes”.<sup>523</sup>

A Constituição Federal, no rol de direitos fundamentais, pugna pela proteção ao direito à informação (inciso XIV) e ao direito de resguardo à imagem e da honra (inciso X), sendo os atos, em regra, públicos (inciso LX). Uma colisão entre tais direitos fatalmente restringirá um deles, mas o que deve-se buscar é o limite dessa restrição, ou “limite do limite”.

A análise desse ponto deve abranger os seguintes pontos: a) se há precedência formal e absoluta de um direito sobre outro; b) concomitantemente, deve-se determinar se são direitos fundamentais representados por normas-princípio ou normas-regra; c) por fim, no caso concreto – tendo em vista a inexistência de uma ponderação formal realizada pelo constituinte originário –, qual deverá ser a decisão no caso desse conflito, a ser resolvido pela ponderação, tendo em vista as hipóteses a serem levantadas.

De início, é mister uma análise individual de cada um dos direitos, a começar pelo direito do resguardo à imagem da pessoa. Prescreve o texto constitucional que “é inviolável” a imagem, isso significa que a imagem, a reputação e privacidade de qualquer pessoa, deve ser protegida de ingerências de qualquer um, sob pena de indenização.

À primeira vista essa inviolabilidade seria absoluta, já que a própria Constituição não deferiu nenhuma exceção. Porém, uma resposta lacônica não é capaz de resolver o impasse, pois, como já se abordou neste trabalho, alguns direitos fundamentais podem ser restringidos mesmo se não possuírem, na Carta constitucional, a previsão expressa da restrição.

O direito de proteção à imagem a ser analisada tem, por ora, maior relação com a honra da pessoa, podendo se dizer como “conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”. O que não é bom para a pessoa deve estar escondido (e é por isso que esse direitos fundamental está ligado ao direito de intimidade e privacidade).<sup>524</sup>

---

<sup>523</sup> SAMPAIO. Do inquérito parlamentar, p. 43-44. O autor acaba tendendo para o entendimento de que “as sessões públicas prestam-se mais ao desvirtuamento dos fins das comissões parlamentares de inquérito. O perigo redobra quando as audiências são irradiadas ou televisionadas. O clima de grande espetáculo convida ao sensacionalismo e à transformação do inquérito em arma política”. O mesmo entender tem: SIQUEIRA Jr.. Comissão Parlamentar de Inquérito, p. 136-137.

<sup>524</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 209.

Evidentemente, como se retira dessa última frase, não é possível, sempre, manter a incolumidade moral de uma pessoa, pois atos criminosos e atos que passem os limites da lei podem ser divulgados, inclusive com a intenção de desencorajar a prática por outrem.

Apesar da tentativa do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), em seu art. 20, de delimitar e proibir a possibilidade de divulgação de informações, imagens, escritos que possam prejudicar a honra de uma pessoa, exceto se autorizadas ou necessárias à administração da justiça ou manutenção da ordem pública, não conseguiu seu intento, haja vista que, além do uso de termos indeterminados – tal como a cláusula do “interesse público” –, que pode causar atos autoritários, é manifestamente inconstitucional, pois impede a liberdade de expressão e informação.<sup>525</sup>

Em segundo lugar, há o direito à informação, que permite que não apenas se veicule, mas que as pessoas tenham acesso à ela, sem que exista um controle prévio. A liberdade de informação tem

“duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado (...). A liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações e idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer.”<sup>526</sup>

Ademais, o direito à informação jornalística, como valor de terceira dimensão<sup>527</sup>, é protegido, de forma mais específica, pela própria Constituição de 1988, no art. 220, § 1º, que determina que a atividade de levar a informação à sociedade não pode sofrer embaraços pela legislação ordinária. Conforme José Afonso da Silva, não existe apenas um direito de informação, mas sobretudo um dever de informar à coletividade, sem alterar a verdade. Essas informações levadas

<sup>525</sup> BARROSO. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, p. 31-32.

<sup>526</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 245-246. Faz-se uma ressalva semântica: na verdade o que se tem são dois sentidos, não direções. Sobre a liberdade de imprensa, há muito já era protegido, conforme a Declaração de Direitos de 1789 francesa: “la libre comunicación del pensamiento y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede por lo tanto, hablar, escribir, imprimir libremente, sin otro límite que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley” (DUGUIT, León. Manual de Derecho Constitucional, p. 221).

<sup>527</sup> ANDRADE. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal, p. 51.



à sociedade são essenciais para garantir a concretização da democracia, incentivando a participação popular, tendo, portanto, uma importante função de coesão social.<sup>528</sup>

Os instrumentos de comunicação jornalística são necessários para que os atos do Estado sejam fiscalizados por todos, como defende Manuel da Costa Andrade<sup>529</sup>. Somente assim, será possível alcançar uma democracia plena, na qual todos possam participar e criar juízos pessoais acerca da atuação estatal. Têm, portanto, os meios de comunicação uma função social indiscutível. Importante ressaltar que os meios de comunicação jamais poderão ser usados com o objetivo de ofender direitos de outrem, como a honra das pessoas, sendo a conduta punível civil e criminalmente.

Esse direito de informação jornalística, ou liberdade de imprensa, comporta uma dimensão positiva e negativa, no sentido de que o indivíduo tem o “direito de expressar uma opinião, de informar e de ser informado”, mas também, ao contrário, de “recusar pronunciar-se, informar ou informar-se”.<sup>530</sup> Esse direito, portanto, não pode jamais ser imposto, sendo inválido se obtida a informação por meio da coação.

E, por último, o princípio da publicidade, cuja imposição dá-se a qualquer ato estatal. Não há uma relação direta com o problema que se está a analisar, pois é regra que todo procedimento estatal seja público, pois o Estado jamais deve agir obscuramente, evitando que possa ser controlado por aqueles que lhe outorgaram o mandato. É preciso transparência na atuação do Estado.

Tendo em vista esse intróito, é preciso que se coloque a discussão desse momento. Como regra geral, qualquer procedimento estatal deve ser claro, com a intenção de permitir seu controle de legalidade e moralidade pelos cidadãos, sendo possível o sigilo quando for necessário proteger a privacidade e a honra das partes envolvidas ou por interesse social. Neste ponto, um argumento em prol do

---

<sup>528</sup> ANDRADE. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal, p. 52.

<sup>529</sup> “(...) a liberdade de imprensa pode contribuir para assegurar a transparência da administração pública, a promoção e divulgação dos valores estéticos, científicos e culturais ou a preservação do patrimônio natural e artístico. Como pode ter um papel insubstituível na denúncia da discriminação, atentados e maus tratos contra grupos menos protegidos ou na descoberta e prevenção de fenômenos sociais negativos como a corrupção”. (ANDRADE, Manuel da Costa. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal, p. 53).

<sup>530</sup> ANDRADE. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal, p. 45.

sigilo do procedimento é a proteção da imagem, honra, da pessoa investigada, ou quando um depoimento possa causar prejuízos ao Estado ou sociedade. Junto à publicidade dos atos estatais une-se o direito à informação, que, podendo a sociedade acompanhar o desenvolvimento do procedimento, nada obsta que seja tornado público mediante transmissão pelos meios de comunicação. No outro extremo está o direito fundamental de toda pessoa de ter sua honra protegida de qualquer ação, seja estatal ou privada. São, portanto, direitos colidentes.<sup>531</sup>

Sobre a inviolabilidade da honra e da privacidade e o direito à informação, tem-se que são normas-princípio, haja vista a possibilidade de conflitar entre si. Além do mais, como se afirmou, mesmo sendo difícil a determinação da classificação em regra ou princípio, pode-se dizer que, se houvesse uma regra de exceção, tratar-se-ia de uma regra, pois não haveria sentido que o Constituinte Originário realizasse apenas algumas ponderações mas deixassem outras para serem feitas pelos aplicadores.

Mesmo se tais normas não previssessem exceções, são direitos fundamentais não absolutos, entrando na seara das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição. Ademais, não há nenhum limite imanente, pois desconsiderou-se a aplicação da teoria interna, ou seja, que os direitos fundamentais já possuiriam limites desde a sua origem legislativa, quando já haveria uma ponderação formal de todas as possibilidades de restrição, o que descaracterizaria a natureza de normas-princípio.

*A priori*, um princípio é ilimitado.<sup>532</sup> A aplicação se dá por inteiro, mas não é incomum que um deles se choque com outro princípio, impedindo a aplicação integral. Aliás, é o que normalmente ocorre. Portanto, necessária será a ponderação para resolver qual princípio – e em qual grau – será aplicado ao caso concreto.

---

<sup>531</sup> A defesa do sigilo em processos criminais é feita por Rivero, quando afirma que: “muito melhor do que uma instrução conduzida sob o controle da opinião pública, a regra do sigilo está ao mesmo tempo de acordo com a presunção de inocência, com a independência do juiz e com as necessidades práticas: com a presunção de inocência, pois o público, informado das sucessivas suspeitas do magistrado instrutor, poderia muito bem, em virtude do provérbio ‘onde há fumaça há fogo’, considerar suspeitos todos aqueles que são objeto delas, mesmo que uma decisão de improcedência venha inocentá-los; com a independência do juiz, pois a pressão da opinião pública – vemo-lo com demasia freqüência, mesmo com a regra do sigilo – traz o risco de ter muito peso em suas decisões (...)”. (RIVERO, Jean. HUGUES, Moutouh. Liberdades públicas, p. 415).

<sup>532</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, p. 39.

Assim, colidem-se dois direitos (normas-princípio), ambos fundamentais: o da liberdade de informação o da integridade da personalidade, que, nesse momento, chamou-se de direito à preservação da imagem, da honra. A Constituição Federal define que “é assegurado a todos o acesso à informação (...)” (art. 5º, XIV, CF/88), enquanto que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)” (art. 5º, X, CF/88).

Em caso similar, estudou-se, com base na ponderação, em Alexy, que, no conflito entre dois direitos colidentes, pressupondo que são representados por princípios, podendo ser aplicados em diferentes graus, ou afastados sem retirá-los do ordenamento, um se sobreporá ao outro, de acordo com o caso concreto que servirá de substrato para a ponderação. O Tribunal Constitucional alemão (caso Lebach) ponderou entre o direito de informação de um meio de comunicação, que pretendia veicular imagens de um crime cometido há anos, e o direito à proteção da imagem do criminoso, agora reabilitado e buscando a reinserção social. A decisão foi pelo resguardo à imagem, tendo em vista que as imagens não trariam qualquer benefício à sociedade por serem antigas, e que tal veiculação dificultaria a ressocialização da pessoa.<sup>533</sup>

Na hipótese da veiculação de informações jornalísticas, estar-se-ia a divulgar imagens e sons atuais. Mas, ao contrário do que foi decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão, a resposta pode ser mais complexa. A Constituição Federal determina que, como regra geral, os procedimentos deverão ser públicos, o que, em tese, permite que qualquer do povo possa acompanhar as investigações e, em especial, a inquirição das testemunhas e indiciados. Em certos casos, poderá haver sigilo ou mesmo limitação de presença, como preconiza o Código de Processo Penal, com especial intuito de resguardar a honra daquele que sofre a investigação.

---

<sup>533</sup> Conforme transcrição de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, “quando através dela [liberdade de expressão] é ferido um bem jurídico de outrem legalmente protegido e cuja tutela merece prevalência sobre a liberdade de expressão, então aquele sacrifício não poderá ser permitido pelo simples facto de ter sido permitido através da liberdade de expressão. Torna-se assim necessária uma ponderação de bens: o direito de expressão terá de recuar quando a sua actualização redundar em lesão de interesses de outrem dignos de tutela e de maior relevo. Saber se tais interesses prevalecentes de outrem existem, é o que permitirá determinar a consideração de todas as circunstâncias do caso”. (ANDRADE. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal, p. 48); não concorda com o entendimento: BARROSO. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, p. 36.

Tal decisão deverá ser da comissão, não sendo defeso que a pessoa interessada requeira que a inquirição se dê atrás de portas fechadas.

No outro pólo, o direito à informação, que se converte em obrigação dos meios de comunicação informar o povo dos acontecimentos de grande vulto, e o direito da sociedade de ser informada. A informação poderá ser transmitida indiretamente, por escrito, mas, mesmo que sofra alguma limitação por decisão da comissão, como, por exemplo, a proibição de se veicular imagens e sons dos depoimentos, não sofrerá uma completa restrição, sendo aplicado o direito em menor grau. Concomitantemente, o resguardo à honra e o princípio da publicidade serão cumpridos, não completamente, mas também em parte.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, é uma decisão que caberá à comissão de inquérito, especialmente porque o Estado será responsabilizado por atos que não condigam com o ordenamento jurídico.<sup>534</sup> Não caberá a decisão ao investigado ou testemunha, apesar de que poderá requerer que a sua inquirição ocorra sob sigilo. Após, deverá decidir a comissão pela concessão ou não do pedido, sendo obrigada a fundamentar a decisão que tomar, podendo, aí, ser feito o controle judicial.

<sup>534</sup> “O pedido de restrição da mídia e de jornalistas fica indeferido, por tratar-se de questão interna do Poder Legislativo.” (HC 89.226, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 4-7-06, DJ de 10-8-06)

“(…) entendo não competir, ao Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao postulado da separação de poderes, substituir-se, indevidamente, à CPMI/Correios na formulação de um juízo — que pertence, exclusivamente, à própria Comissão Parlamentar de Inquérito — consistente em restringir a publicidade da sessão a ser por ela realizada, em ordem a vedar o acesso, a tal sessão, de pessoas estranhas à mencionada CPMI, estendendo-se essa mesma proibição a jornalistas, inclusive. Na realidade, a postulação em causa, se admitida, representaria claro (e inaceitável) ato de censura judicial à publicidade e divulgação das sessões dos órgãos legislativos em geral, inclusive das Comissões Parlamentares de Inquérito. Não cabe, ao Supremo Tribunal Federal, interditar o acesso dos cidadãos às sessões dos órgãos que compõem o Poder Legislativo, muito menos privá-los do conhecimento dos atos do Congresso Nacional e de suas Comissões de Inquérito, pois, nesse domínio, há de preponderar um valor maior, representado pela exposição, ao escrutínio público, dos processos decisórios e investigatórios em curso no Parlamento. Não foi por outra razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal — apoiando-se em valioso precedente histórico firmado, por esta Corte, em 5-6-1914, no julgamento do HC 3.536, Rel. Min. Oliveira Ribeiro (*Revista Forense*, vol. 22/301-304) — não referendou, em data mais recente (18-3-2004), decisão liminar, que, proferida no MS 24.832-MC/DF, havia impedido o acesso de câmeras de televisão e de particulares em geral a uma determinada sessão de CPI, em que tal órgão parlamentar procederia à inquirição de certa pessoa, por entender que a liberdade de informação (que compreende tanto a prerrogativa do cidadão de receber informação quanto o direito do profissional de imprensa de buscar e de transmitir essa mesma informação) deveria preponderar no contexto então em exame.” (MS 25.832-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 14-2-06, DJ de 20-2-06)

“Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito” (MS 24.832-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-3-04, DJ de 18-8-06)

Outra discussão relacionada é sobre a possibilidade de manifestação pública sobre a investigação dos parlamentares que compõem a comissão. Se a Constituição outorgou-lhes poderes de investigação típicos de autoridades judiciais, também determinou-lhes observância de alguns deveres. Destarte, se ao magistrado, conforme a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no art. 35, VIII, é imposto o dever de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular, e, no art. 35, III, há vedação da manifestação, por qualquer meio de comunicação, de opinião sobre processo pendente de julgamento, também aplicar-se-iam estes dispositivos à conduta dos integrantes da comissão, que não poderiam se manifestar, dando parecer ou opinião, nos meios de comunicação durante o desenvolvimento dos trabalhos.<sup>535</sup>

Nada obstante, o que não é possível defender é a impossibilidade absoluta da divulgação de informações pela imprensa, mas caberá a ela atuar de forma imparcial, respeitando a norma do direito fundamental de presunção de inocência, sob pena de indenização, conforme inciso X, art. 5º, da Constituição Federal.<sup>536</sup> A veiculação de informações é uma questão diferente da forma como ela é veiculada.

Não será visível, nesse caso, uma total precedência de um princípio sobre outro, ou um direito fundamental sobre outro. Serão aplicados em graus menores, adequando o conteúdo ao caso concreto.<sup>537</sup> Nesta toada, conclui-se: que, 1) haja vista a publicidade dos atos estatais e o direito à informação, não é possível impedir que qualquer um do povo possa acompanhar os depoimentos perante as comissões parlamentares de inquérito; 2) o resguardo à imagem e a honra da testemunha ou indiciado deve ser mantida com relação à transmissão pelos meios de comunicação (imagens e sons), se assim decidir a comissão, mas jamais acerca da informação a ser prestada à população por outras formas (escritas, por

---

<sup>535</sup> LAZZARINI. As Comissões Parlamentares de Inquérito como Instrumento de Apuração da Corrupção, p. 100.

<sup>536</sup> Sobre o assunto defende José Wanderley Bezerra Alves: “o investigado, ao aparecer à opinião pública, através da imprensa, sendo inquirido por parlamentares de uma comissão de inquérito, não raras vezes, é execrado, sendo condenado moralmente por aqueles que têm, como qualquer um do povo, o dever de respeitar o princípio constitucional de presunção de inocência”. (Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 219).

<sup>537</sup> “É de se concluir quanto aos investigados – e também às testemunhas – terem, no mínimo, o direito de serem ouvidos se desejam, ou não, que seus depoimentos sejam transmitidos pela mídia, não se podendo admitir que tal ocorra por deliberação unilateral da própria comissão de inquérito ou se dê por tradição consuetudinária, como ocorre. (ALVES. As Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 218-219).

exemplo); 3) em casos específicos, a sessão pode ocorrer sigilosamente, por decisão de ofício ou por requerimento da pessoa interessada; 4) excessos dos parlamentares e dos meios de comunicação deverão ser discutidos em processo judicial posterior à ofensa, não podendo o Poder Judiciário promover a censura prévia.

#### **4.2.2 – Direito à privacidade: resguardo do domicílio (e dos documentos e outras provas), das comunicações e das correspondências e do sigilo de dados**

Inicialmente, deve-se explicar porque todos esses dispositivos constitucionais serão tratados simultaneamente. Primeiro, porque o tema a ser discutido abrangerá espécies de privacidade, decorrentes do que já foi explicado acima; segundo, porque o desfecho que se intenciona mediante essa análise será o mesmo para todos os casos.

O mesmo fim não desobriga a análise preliminar separada de cada um dos direitos fundamentais (e como são tratadas as restrições) nominados no título, como se vê:

a) Inviolabilidade da casa (ou domicílio) e busca e apreensão de documentos e outras provas: conforme o inciso XI, art. 5º, da Constituição Federal, a casa é inviolável (ninguém poderá penetrar senão com consentimento do morador), não o sendo apenas no caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro ou, durante o dia, por ordem judicial. À primeira vista, a casa ou domicílio parece ser apenas o local onde uma determinada pessoa reside, mas já consolidou-se o entendimento de que também pode ser compreendido como objeto de proteção dessa norma constitucional o local de trabalho, desde que tenha as mesmas características da residência, ou seja, seja um local privado, que afaste o livre acesso de terceiros.<sup>538</sup>

<sup>538</sup> “O domicílio deve ser entendido (...) num sentido diferente daquele resultante da definição que lhe dá o Código Civil. Não é somente ‘o lugar do principal estabelecimento de uma pessoa’ que se beneficia de uma proteção fundamental, mas os diferentes locais de sua vida privada: residências secundárias, veículos, trailers ou barcos. E, graças à jurisprudência do Tribunal Europeu, cumpre igualmente incluir neles os locais profissionais”. (RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Libertades Públicas*, p. 453). Ainda: “La garantie dont il s’agit ne peut être efficace que si l’on n’entend pas le mot domicile dans son acception juridique habituelle. Ce qu’il convient de protéger c’est, selon l’expression de la Cour de cassation, ‘toute demeure permanente ou temporaire occupée par celui

A violação da casa (no sentido lato), normalmente, possui como intuito a busca de prova e, se encontrada, sua apreensão. Nada obstante, como entende a jurisprudência, essa ação também é vedada sem autorização judicial (pelo Poder Judiciário), haja vista que viola o dispositivo constitucional do inciso X (intimidade e vida privada) e XI (inviolabilidade da casa).<sup>539</sup> O que pode fazer a comissão é

---

qui y a droit ou, de son consentement, par un tiers', c'est-à-dire l'endroit servant d'habitation ou de résidence réelle à un citoyen (mesmo que temporário)". (BURDEAU. Manuel de Droit Public, p. 146); Ainda: "mas o que pode ser considerado casa, no sentido constitucional? A expressão, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, tem caráter amplo, abrangendo: a) qualquer compartimento habitado; qualquer aposento ocupado de uma habitação coletiva; c) qualquer compartimento privado onde se exerça profissão ou atividade. Esse mesmo entendimento foi adotado pelo legislador infraconstitucional, consoante se verifica do § 4º, do artigo 150 do Código Penal". (ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 388). No mesmo sentido: MORAES. Direito Constitucional, p. 83. E, "a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera privada em íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana". (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 207). Ver também: TAYLOR. Grand inquest, a story of congressional investigation, p. 186: "(...) the phrases private affairs, private papers or right of privacy have been used to denote an area in which the power is constitutionally limited", conforme denota-se da Quarta Emenda: "the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated..." (p. 158; 182 e seguintes)

<sup>539</sup> Vem o STF julgar que inexistente possibilidade de busca e apreensão em escritório de advocacia, exceto por ordem judicial, pois o local de trabalho é considerado "casa": "ninguém ignora que o Estatuto da Advocacia — considerada a essencialidade das cláusulas que protegem a liberdade de defesa e que resguardam o sigilo profissional — garante, ao advogado, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado..." (Lei n. 8.906/94, art. 7º, II). É certo que essa garantia de inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, pois — consoante adverte Orlando de Assis Corrêa (*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB*, p. 48, item n. 37, 1995, AIDE) — ...havendo mandado de busca e apreensão assinado por magistrado, o escritório e seus arquivos podem ser vasculhados' (...). Impõe-se registrar, desse modo, conforme enfatiza esse autor, que 'A busca e apreensão, em qualquer caso, só pode ser autorizada por magistrado; nenhuma outra autoridade, de que hierarquia for, tem poderes para autorizá-la'. (...) A exigência de mandado judicial, para efeito de execução da medida extraordinária de busca e apreensão em escritório de Advocacia, vincula-se ao princípio constitucional da reserva de jurisdição. Como se sabe, a proteção constitucional ao domicílio emerge, com inquestionável nitidez, da regra inscrita no art. 5º, XI da Carta Política, que proclama, em norma revestida do mais elevado grau de positividade jurídica, que 'a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial'. (...) Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de 'casa', para os fins da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. (...) É o que ocorre, por exemplo, como precedentemente já enfatizado, com os advogados — condição profissional ostentada pelo ora impetrante —, a quem assiste a prerrogativa de 'ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado...' (Lei n. 8.906/94, art. 7º, II). Sendo assim, nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária e nem a Comissão Parlamentar de Inquérito ou seus representantes, agindo por autoridade própria, podem invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que

“requisitar documentos de repartições públicas” conforme a Lei n.º 1579/52, mas jamais nas privadas ou documentos pessoais que estejam em repartição pública, porque nesse caso também estar-se-ia violando o direito à privacidade.

Para alguns autores, como Alexandre de Moraes, é possível a busca e apreensão de documentos, genericamente falando, mas se não houvesse violação da “casa”.<sup>540</sup> Não é visível uma hipótese em que se recolham documentos ou outras provas materiais que não estejam num recinto fechado ou em qualquer outro local privado e, por isso, entende-se que a busca e apreensão e a violação da “casa” são indissociáveis.

Ademais, não é permitido, pois, que sejam requisitados ou apreendidos documentos particulares que não possuem correlação direta com o fato investigado, configurando desrespeito aos direitos fundamentais, se acontecer.<sup>541</sup>

Conclui-se que é um direito fundamental, mas não pode se tornar, evidentemente, uma barreira intransponível, cuja função seja unicamente a de permitir que, em seu interior, sejam praticados crimes. No entanto, a violação domiciliar deve se dar nos termos da Constituição Federal, ou seja, somente poderá ser permitida pelo Poder Judiciário (cláusula de reserva jurisdicional)<sup>542</sup>, como já se denota da análise dos acórdãos acostados a este trabalho e o entendimento da doutrina.

b) Inviolabilidade de correspondência e de comunicação: são resguardados os direitos à inviolabilidade de correspondência e de comunicação,

---

possam interessar ao Poder Público. (...) Conclui-se, desse modo, que, tratando-se de escritório de advocacia, impõe-se, para efeito de execução de medidas de busca e apreensão, que sejam estas previamente autorizadas por decisão judicial, em face do que dispõe a Lei n. 8.906/94 (art. 7º, II), c/c a Constituição da República (art. 5º, XI)”. (MS 23.595-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 17-12-99, DJ de 1º-2-00)

<sup>540</sup> Limites constitucionais às comissões parlamentares de inquérito, p. 283-284; diverge Luís Roberto Barroso (comissões parlamentares de inquérito – limites de sua competência, p.179)

<sup>541</sup> Ensina Miguel Reale: “em se tratando (...) de entes privados, a estes é lícito recusar a informar ou a produzir documentos requeridos por órgãos públicos se não houver lei que a tanto os obrigue e, assim mesmo, se a lei não importar em lesão a direitos fundamentais assegurados pela Constituição” (REALE. Poderes das comissões parlamentares de inquérito, p. 108); No sentido, ver: CAMPOS. Parecer: Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes do Congresso, p. 71.

<sup>542</sup> MORAES. Direito Constitucional, p. 84. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se colocou perante o problema no MS 23.642/DF. No mesmo sentido, em MS n.º 23.452-1/RJ, conforme voto de Ministro Celso de Mello, “nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem a Comissão Parlamentar de Inquérito ou seus representantes, agindo por autoridade própria, podem invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar o Poder Público. Este comportamento estatal representará inaceitável afronta a um direito essencial assegurado a qualquer pessoa, no âmbito de seu espaço privado, pela Constituição da República”. Dicorda desse entendimento: SIQUEIRA Jr. Comissão Parlamentar de Inquérito, p. 135.



como a telegráfica e telefônica, exceto nos casos em que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal e instrução processual penal, por ordem judicial (art. 5º, XII, CF/88). Da mesma forma, não se trata de um direito absoluto, mas não pode servir para encobrir crimes.<sup>543</sup>

Sobre as interceptações de comunicações telefônicas e de dados de informática – no sentido de gravar comunicações alheias –, somente em 1996, pela Lei n.º 9.296, o dispositivo constitucional foi regulamentado, prevendo que a ordem de restrição ao direito fundamental poderá ocorrer mediante ordem judicial (se preenchidos os requisitos presentes no art. 2º), sendo, portanto, reserva de jurisdição. Apesar dessa restrição determinada por lei, não houve qualquer inovação ao dispositivo constitucional, pois manteve-se o poder apenas nas mãos do Poder Judiciário.

c) Inviolabilidade de dados (sigilo fiscal e bancário): conforme se denota da Constituição de 1988, art. 5º, XII, é inviolável o sigilo de dados (que se incluem os dados bancários, financeiros e fiscais), exceto por ordem judicial para fins de investigação criminal e instrução processual penal. A intenção do Constituinte foi proteger a vida privada, tendo em vista que a movimentação financeira (bancária, de cartão de crédito) pode revelar muitas informações sobre um indivíduo, tal como os locais freqüentados, bens adquiridos, gostos pessoais.<sup>544</sup> Considera-se sigilo bancário, então, como a “obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.<sup>545</sup>

Há ainda algumas discussões se as informações bancárias estariam sob a proteção do dispositivo constitucional. Nada obstante, entendimentos fundamentados defendem que o sigilo bancário e fiscal estão sob tal proteção. Nesse sentido, “os dados a que se refere o preceito constitucional são os registros dos sistemas de processamento eletrônico, que se relacionem com a intimidade do cidadão, tais como os mantidos pelos órgãos fiscais da Administração, pelas

<sup>543</sup> Nesse sentido, HC 70814-5-SP (*in.*: Revista dos Tribunais, n.º 709, p. 418): não há sigilo de correspondência no caso de carta enviada ou recebida por presidiário.

<sup>544</sup> Nesse sentido: BASTOS. Estudos e Pareceres de Direito Público, p. 63; ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 409; QUEIROZ. O sigilo bancário, p. 47; COVELLO. O sigilo bancário, p. 3.

<sup>545</sup> COVELLO. O sigilo bancário, p. 69.

instituições financeiras, pelos chamados serviços de proteção ao crédito (...).<sup>546</sup> Apesar de dar-se destaque, aqui, ao sigilo de dados bancários, entende-se que o regime de proteção é similar.

A antiga Lei n.º 4.595/64 – que foi a primeira norma brasileira a sancionar a violação do sigilo bancário<sup>547</sup> – determinava em seu art. 38 que, apesar do direito de sigilo, em certos casos era possível seu afastamento, pelo Poder Judiciário ou pelas comissões parlamentares de inquérito, contanto que fossem os dados mantidos em segredo, só se permitindo o acesso às partes, punindo-se a publicidade.<sup>548</sup> Já naquela época questionava-se a constitucionalidade dessa norma quanto ao poder das comissões parlamentares.<sup>549</sup>

Por sua vez, esse dispositivo legal foi revogado com a promulgação, em 2001, da Lei Complementar n.º 105, que disciplina o tema.<sup>550</sup> O novo dispositivo, no

---

<sup>546</sup> QUEIROZ. Sigilo bancário, p. 44. Prossegue o autor: “os extratos e outros demonstrativos bancários, assim como as declarações de renda e de bens, são verdadeiramente retratos da intimidade e do cidadão e as coleções desses documentos são como que álbuns reveladores da imagem íntima de cada um, ao longo da vida” (p. 44). Ainda, afirma que tanto o sigilo de dados bancários como o sigilo da declaração de renda e bens (sigilo fiscal) são objeto de proteção constitucional.

<sup>547</sup> ALVES. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação, p. 409.

<sup>548</sup> “Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei n.º 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

<sup>549</sup> Pondera Roberto Rosas: “A lei n. 4.595, de 31.12.1964, art. 38, § 3º [hoje, derogado pela Lei Complementar 105/2001], permite às comissões ampla investigação para obtenção de informações de instituições financeiras, mas, aparentemente, é inconstitucional este inciso, porque atenta contra o princípio constitucional do sigilo de correspondência”. Limitações às comissões de inquérito do Legislativo, p. 58.

<sup>550</sup> Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§ 1º As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

mesmo sentido da antiga norma, permite que a comissão, no uso de suas atribuições, possa desconsiderar o sigilo de dados bancários para fins de instrução de inquérito, se necessário for. Da mesma forma, a despeito de pequenas diferenças de redação, permanece a discussão sobre a constitucionalidade, apesar de que a maior parte da doutrina e da jurisprudência entender que não há violação constitucional por esse dispositivo, podendo as comissões, diretamente, decretar a revelação do segredo.<sup>551</sup>

Numa vertente transversa, Miguel Reale admite a possibilidade de que as instituições financeiras forneçam dados bancários sob sigilo às comissões parlamentares, desde que o pedido tenha relação direta com o fato que se está investigando. Para o autor, as instituições financeiras têm o poder-dever de guardar sigilo, não apenas devido à lei complementar, mas também ao direito de privacidade e de sigilo resultante do exercício profissional – banqueiro – (art. 5º, X e XIV, CF/88) que seriam os fundamentos maiores que justificariam o sigilo bancário. Aí preserva-se não apenas a personalidade do investigado, mas também a profissão, o ofício do banqueiro. E é por isso que os bancos não poderiam “ser compelidos por uma CPI a fornecer informações indiscriminadas e genéricas que somente poderiam ser dadas mediante prévia autorização pessoal de cada um dos depositantes ou investidores”.<sup>552</sup>

A auto-executoriedade das decisões das comissões de inquérito, em especial quanto às decisões que importem em restrição de direitos fundamentais, é talvez o assunto mais controvertido sobre o tema. Consoante entendimento de Luís Roberto Barroso, as deliberações das comissões têm caráter imperativo (impõe dever de obediência por parte do investigado), podendo, inclusive, haver coerção,

---

§ 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

<sup>551</sup> Nesse sentido: MORAES. Direito Constitucional, p. 100; SIQUEIRA Jr. Comissão Parlamentar de Inquérito, p. 132-133; QUEIROZ. O sigilo bancário, p. 47. O Supremo Tribunal Federal é unânime quanto ao tema, julgando pela possibilidade de revelação do sigilo de dados bancários, desde que a decisão seja motivada, não seja genérica (“devassa de informações”) e seja de caráter excepcional: MS 25.668, MS 25.812-MC, MS 25.966-MC, MS 25.686, MS 25.668-MC, MS 23.851, MS 23.669-MC, MS 24.960-MC, MS 24.135. Dentre os acórdãos, destaca-se este: “É vedada a quebra de sigilos bancário e fiscal com base em matéria jornalística.” (MS 24.982-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, julgamento em 8-7-04, *DJ* de 2-8-04).

<sup>552</sup> REALE. Parecer: Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes do Congresso, p. 112; no mesmo sentido: TÁCITO. Comissão Parlamentar de Inquérito – requisição de informações – sigilo bancário, p. 231.

contanto que seja através do Poder Judiciário (não são auto-executáveis, portanto). Assim, “como consequência da premissa estabelecida acima, não pode a comissão parlamentar de inquérito, por seus próprios meios, realizar diligência de busca e apreensão ou quebra de sigilo bancário, fiscal ou dos registros telefônicos”, devendo recorrer ao juiz competente.

Superada a introdução aos direitos em discussão e o tradicional entendimento doutrinário e jurisprudencial, o problema a partir deste ponto será comum para todos eles acima enumerados: a possibilidade da restrição aos direitos fundamentais (da privacidade) por decisão da comissão de inquérito, sem que ela tenha que recorrer ao Poder Judiciário. É mister, novamente, a análise das normas constitucionais em tela (ao menos, as partes que interessam no momento). Determina o art. 5º, XI, da Carta de 1988 que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Na mesma linha, define o art. 5º, XII, do mesmo documento que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

O assunto é bastante discutido ainda, especialmente quanto à possibilidade da promulgação de leis que dêem mais poderes às comissões. Porém, quanto às comunicações telefônicas, a Lei n.º 9296/96 permitiu que é possível a interceptação de comunicações telefônicas com autorização do Poder Judiciário somente (conforme o Supremo Tribunal Federal, é diferente de sigilo de dados telefônicos, que é possível por decisão da comissão).

Sem embargo, ainda há o risco de que existam propostas legislativas com intuito de majorar o poder das comissões, mesmo quanto à possibilidade de restrição ao direito fundamental da inviolabilidade de comunicações telefônicas pelas comissões, tal como aconteceu com a possibilidade de quebra de sigilo de dados bancários. A Lei Complementar n.º 105/2001 autorizou que as decisões das comissões, fundamentadas e se necessário forem, possam ser auto-executadas, sem precisar de qualquer interferência do magistrado.

É importante determinar a natureza dos direitos fundamentais enumerados neste ponto: se são normas-regra ou normas-princípio. A diferenciação é essencial para avaliar se uma restrição é permitida ou não, e de que forma ocorrerá.

Não é incomum que sejam consideradas as normas de direitos fundamentais como princípios, mas, na esteira da teoria de Alexy, deve-se considerar muitas dessas normas como regras, que não permitem ponderação. Aliás, a existência de regra de exceção indica que a norma geral é também uma regra, pois diz-se que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo” ou “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, “exceto” (ou “salvo”) nos casos permitidos pela Constituição. O vocábulo “exceção” indica as únicas hipóteses em que a norma geral não se aplica (“desvio da regra geral” ou “aquilo que se exclui da regra”<sup>553</sup>). Nesses termos, é de se compreender a regra geral como o núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental, jamais podendo ser tocado, alterado, suprimido pelo aplicador, quem quer que seja.

Veja-se o caso em questão: a casa é o asilo inviolável, salvo com autorização judicial<sup>554</sup>; é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial. É de se concluir que apenas com fundamento numa ordem judicial poderá acarretar a restrição de tais direitos. A doutrina e a jurisprudência vêm defendendo que, como observado, a casa é inviolável, as comunicações são invioláveis, podendo acontecer somente por ordem do juízo competente. No entanto, possuem diferente tratamento os sigilos de dados bancários e fiscais. Qual o motivo? Não há nenhum argumento que possa embasar tal determinação (o argumento de ineficácia da ação da comissão não pode ser aceita, haja vista que a polícia judiciária não possui tal poder e nem por isso é ineficiente).

<sup>553</sup> Novo Dicionário Aurélio século XXI, p. 856.

<sup>554</sup> “Nos termos do comando constitucional, somente será legítimo penetrar numa casa sem o consentimento do morador nas hipóteses de: a) flagrante delito; b) desastre; c) prestação de socorro; d) determinação judicial (durante o dia). Vale dizer: o direito subjetivo constitucional de inviolabilidade da casa somente pode ser excepcionado nas hipóteses acima. Nelas não se incluem a busca e apreensão por CPI”. (BARROSO. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, p. 122). Há ainda duas hipóteses: devido a estado de defesa (art. 136, § 1º, I, b, c, Constituição Federal) e estado de sítio (art. 139, III, da Constituição Federal). O rol é exaustivo.

A norma constitucional que regula o sigilo de dados não é um princípio de direito fundamental, mas uma regra, pois o constituinte originário já ponderou acerca dos bens constitucionais que estão em discussão, além, é claro, de interesses – haja vista que a ponderação ocorreu antes da positivação, e por isso os interesses podem confrontar os direitos – chegando à conclusão de que não é mais necessário permitir um tecido aberto acerca desse direito.<sup>555</sup>

Quando se trata de normas-regras é mais simples determinar quando é possível restringir um direito fundamental, pois somente nas hipóteses previstas na Constituição é que se permitem exceções. Neste caso, é defeso ponderar o direito ao sigilo de dados com qualquer outro bem constitucional, apenas, evidentemente, quando for para fins de investigação criminal, sob a ordem de um juiz de Direito. Ademais, quando a Carta de 1988 diz “ordem judicial” está a se referir ao magistrado, representante da Jurisdição, a despeito de no art. 58, §3º constar que as comissões têm poderes de investigação típicos de autoridades judiciais. Portanto, o dispositivo constitucional de sigilo de dados não é um princípio – no sentido de normas *prima-facie* – mas uma regra, devendo ser aplicada exatamente de acordo como disposta.

Não por apenas esse argumento, mas também porque permitindo-se que seja afastado o sigilo de dados fiscais e bancários se está desrespeitando a integridade do ordenamento, conforme se retira da decisão judicial do Mandado de Segurança 23.452-RJ (Relator Ministro Celso de Mello – Pleno). De acordo com o Relator,

“o princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) – não se estende ao tema da quebra de sigilo,

---

<sup>555</sup> Segundo Novais, “a opção dos constituintes pode ser discutível, errônea, desproporcionada, pode, eventualmente, vir a ter de ser reformulada em processo de revisão constitucional, mas, indiscutivelmente, foi a que eles, na altura, quiseram tomar considerando todos os interesses e bens a ponderar. Nesses termos, a aprovação de uma garantia como a que vem consagrada no art. 32, n.º 8, da nossa Constituição, representa uma opção definitiva, fechada: desde que a prova incriminadora seja obtida mediante ‘abusiva intromissão na vida privada’ ela é, sempre, nula. Aos poderes constituídos fica absolutamente vedada qualquer limitação ou restrição daquela garantia com o argumento, por exemplo, da extrema gravidade do crime e da certeza, apurada mediante prova ilícita, de quem é o criminoso. A garantia constitucional é irrestringível porque foi essa a vontade do legislador constitucional; ele ponderou tudo quanto havia a ponderar e decidiu naqueles termos”. (NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 579-580).

pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, §3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas (...).

É injustificável que seja dado tratamento diferente (protegendo uns, mas não outros) sem qualquer critério de razoabilidade. O sigilo telefônico (de dados, como o extrato das chamadas, e não a interceptação da voz) está presente na mesma norma constitucional (proteção dos dados privados), mas nem por esse motivo se permite a mesma benesse. Nesses termos, a conclusão a que se chega é que é inconstitucional norma infraconstitucional que permita a restrição ao direito fundamental. Não é possível que se restrinja formal ou materialmente, ou seja, por lei ou perante um caso concreto pela comissão de investigação.

Acima asseverou-se que os poderes das comissões parlamentares de inquérito devem ser bem delimitados para que exageros não sejam cometidos durante a atividade de elucidação dos fatos. Entendendo-se que as autoridades judiciais possuem não apenas poderes, mas também limites, a atividade investigativa também possui os mesmos limites cabíveis ao Poder Judiciário. Não é possível que desse dispositivo constitucional sejam retiradas inventivas formas de investigação com fundamento na simples locução “autoridades judiciais” (art. 58, § 3º, CF/88). É bem evidente que não é possível permitir que caiba ao Poder Legislativo usurpar totalmente a competência do Poder Judiciário, haja vista limites existente na própria Constituição Federal.<sup>556</sup>

A tarefa de investigação do Poder Legislativo por meio de suas comissões de inquérito é definida como possuidora de poderes típicos de autoridades judiciais. As obrigações se presumem. Por esse entendimento, não é possível o desrespeito a qualquer princípio ou regra pelos parlamentares em sua atividade de investigação, ou seja, em respeito à integridade do ordenamento jurídico, e como a comissão que investiga não está exercendo a função de legiferação, é preciso que as normas constitucionais de direitos fundamentais sejam

---

<sup>556</sup> “Os poderes delegados às comissões de inquérito o devem ser de modo expresso, definido e específico, outros não podendo ser deduzidos por analogia ou sob a alegação de que estão implícitos nos poderes expressamente enunciados. (CAMPOS. Comissões Parlamentares de inquérito: poderes do Congresso: direitos e garantias individuais: exibição de papéis privados. *In.*: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 195, 1961, p. 78-79).

obrigatoriamente observadas, podendo, se necessário, ocorrer a intervenção do Poder Judiciário.

Importante ressaltar que, após a obtenção dos dados sigilosos, como entendimento pacífico, para o resguardo da imagem das testemunhas e investigados durante a atividade de investigação, faz-se necessário o sigilo das informações obtidas pela comissão, seja quanto aos depoimentos ou qualquer outra forma de prova obtida, tal como dados financeiros e de comunicações. É vedado às comissões de inquérito a divulgação dessas informações, somente sendo possível ao final, no relatório, e se houver relação direta com o objeto investigado. Isso porque elas são confiadas ao parlamentares para que eles possuam elementos para concluir sobre os fatos e, em seguida, serem encaminhados ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade penal dos acusados.<sup>557</sup>

---

<sup>557</sup> "É dado concluir que os elementos decorrentes da quebra dos sigilos bancário e fiscal não de permanecer envelopados, servindo, sim, à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito — CPMI dos Correios — para análise e conclusões a respeito, sem que, mediante relatório, os dados sejam tornados públicos. Uma coisa é contar com relatório até mesmo conclusivo quanto ao envolvimento da requerente a partir das informações levantadas; algo diverso é estampá-las a ponto de abrir, em relação a elas, o acesso em geral." (MS 25.750, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 01-04-06, *DJ* de 10-4-06);

"Cabe à CPMI, no exercício de sua atribuição constitucional, zelar pela confidencialidade dos dados obtidos, somente deles fazendo uso em relatórios e atos internos, excepcionalmente, e sempre em razão do interesse público." (MS 25.720-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 19-12-05, *DJ* de 2-2-06); No mesmo sentido: MS 25.721-MC; MS 23.452.



## Conclusão

É indubitável a importância do instrumento de investigação do Poder Legislativo: a comissão parlamentar de inquérito. Apesar das muitas imperfeições materiais que existem em sua atuação, sem ela o Estado ficaria bastante fragilizado ao enfrentar eventos que possam prejudicar a coletividade.

A complexidade que hoje se observa na estrutura estatal requer instrumentos fortes e eficientes para o controle do poder. Tal como os juízes de Direito e a polícia judiciária, possuem as comissões parlamentares de inquérito poderes de investigação, diferenciados desta por serem mais amplos (poderes típicos de autoridades judiciais). Isso não significa, contudo, que poderão elas atuar da mesma forma que o Poder Judiciário, os quais têm a faculdade de, se necessário, restringir direitos fundamentais dos investigados para alcançar seus objetivos.

O Estado tem a obrigação de cumprir e de fazer cumprir as normas jurídicas. Isso significa que, mesmo tendo de controlar e investigar atos estatais que possam estar eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade, deve fazê-lo sob as mesmas normas, respeitando o direito posto. Portanto, não lhe é permitido violar os direitos fundamentais dos indivíduos que estão sob as investigações das comissões parlamentares, apesar de ser necessário, em muitas situações, para que alcance os seus objetivos.

Conclui-se, então, que:

1) A investigação é atividade necessária, não apenas para controle do Estado, mas também para auxiliar a elaboração legislativa. Contudo, não pode mais ser considerada simplesmente uma atividade ínsita ao Poder Legislativo, que dispensa previsão constitucional e legal. Na vigência do Estado de Direito (e configurações seguintes) é preciso que a norma jurídica permita expressamente esse poder investigativo, respeitando-se o princípio da legalidade. Isso se aplica para âmbito federal, estadual e municipal. Cada pessoa política deverá ter a sua organização quanto à faculdade de investigação.

2) A previsão constitucional das comissões parlamentares de inquérito define diversos critérios formais. Destarte, requer o art. 58, § 3º, o *quorum* de um

terço da Casa Legislativa, a estipulação de prazo certo para a existência e fato determinado objeto da investigação.

O *quorum* de um terço justifica-se pela faculdade outorgada à minoria para investigar atos do governo, evidenciando o princípio da democracia. Isso é necessário para que, mesmo se a maioria detiver o poder, ela possa ser investigada e controlada.

O prazo certo tem como finalidade impedir que a investigação aconteça indefinidamente, sendo utilizada para fins não condizentes com o objetivo inicial. Evita-se o uso político distorcido do instrumento. Da mesma forma está o requisito do fato determinado, que consiste na impossibilidade da comissão promover a atividade sem razoabilidade e motivo. Deve ter, assim, um fim, um objetivo, uma tarefa a ser cumprida num determinado tempo. A investigação deve ser relacionada ao objeto inicial, que deu origem ao procedimento, que, por sua vez, deve ser de interesse público normativo, como defendeu-se no decorrer do trabalho.

3) Acerca do critério material, somente poderá a comissão investigar fatos que sejam relacionados com a competência legislativa da Casa Legislativa. Isso devido a uma das funções da atividade de investigação: o auxílio à atividade de elaboração de leis. Ademais, poderá, pelo controle, certificar-se de que as leis que obrigam a ação governamental e que foram criadas pelo Poder Legislativo estão sendo cumpridas e bem desempenhadas.

4) Não haveria sentido a existência de uma comissão com o fim de investigar se não possuir poderes para concretizar o intento. Tem, então, poderes de investigação típicos de autoridades judiciais, conforme art. 58, § 3º, dispositivo constitucional regulamentado pela Lei n.º 1579/52. Ela outorgou poderes explicitados no art. 2º, como a convocação de autoridades (Ministros de Estado, autoridades federais, estaduais ou municipais, desde que relacionadas com o objeto de investigação) e a ouvida de seus depoimentos, além de inquirir testemunhas, requisitar documentos públicos e informações de repartições públicas e autárquicas (inclusive sociedades de economia mista) e transportar-se para outros locais onde se fizerem necessárias.

5) Quanto à restrição aos direitos fundamentais, é preciso um olhar mais cuidadoso. A lei supra-citada enumera poderes de investigação que possuem as comissões parlamentares de inquérito. Outrossim, não indica a possibilidade de

restringir direitos fundamentais dos investigados para a obtenção de provas materiais, tal como documentos, escutas telefônicas, buscas e apreensões. Da mesma forma, a Constituição Federal não indicou essa faculdade, e deixou bem claro que algumas restrições só são possíveis mediante ordem judicial, configurando-se reserva jurisdicional.

Por ordem judicial entende-se “ordem de magistrado”. A despeito da equiparação dos poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito aos dos juízes de Direito, isso não significa que podem praticar todos os atos necessários à investigação sem a interferência do Poder Judiciário.

O argumento de que a comissão perderia sua função precípua de investigar pela impossibilidade de decretar revelação de sigilo telefônico ou bancário não procede. A Constituição Federal não permite o poder, e, no caso do sigilo telefônico, sequer há lei infraconstitucional que o preveja. Já no segundo caso, existe lei complementar que prevê a hipótese (Lei Complementar n.º 105/2001), apesar de não estar de acordo com a Constituição. Nem a atividade do Ministério Público nem da polícia judiciária tornam-se inócuas na investigação só pelo motivo de não possuírem poderes tais quais os dos juízes. Eles devem requerer ao Poder Judiciário para que suas pretensões sejam materializadas.

Deve-se realizar, sempre que houver intenção de restringir direitos fundamentais, o prévio juízo de legalidade e constitucionalidade do Poder Judiciário. Não apenas porque tem conhecimento técnico para tanto, nem somente porque a Constituição é clara nas hipóteses permitidas de afastamento de direitos fundamentais, mas porque é imparcial, e está fora de discussões acaloradas no âmbito das investigações.

É claro que o juiz não pode decidir que uma prova é mais conveniente ou inconveniente que outra, ou dizer que uma prova não é necessária para a investigação, porque estaria verificando a discricionariedade do ato. O que poderá fazer é julgar se a restrição ao direito fundamental é válida e constitucional, autorizando que a comissão aja. Por exemplo, não pode o juiz decidir proibir uma prova por não ser importante, mas poderá por não ter relação com o “fato determinado”.

E essa é a importância da ponderação de bens constitucionais, pois a decisão judicial será fundamentada (quando colidirem-se dois direitos). O

magistrado, ponderando normas da Constituição Federal, decidirá sobre a possibilidade de restrição ou não, fundamentando sua decisão. Não se cria, portanto, novo Direito (*ex post facto*), mas aplica-se o existente. E é esse um dos principais motivos para que a restrição jusfundamental seja realizada pelo Poder Judiciário: somente o juiz tem os instrumentos e conhecimento técnico necessários para promover a correta ponderação.

A inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88) é sentida também com relação aos atos do Poder Legislativo, haja vista o risco de ocasionar lesão. Sendo assim, constatada a restrição indevida de direito fundamental, poderá recorrer o lesado ao juiz para que seja restabelecida a integridade do ordenamento.<sup>558</sup>

6) As decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema são contraditórias. Admite a quebra do sigilo bancário de investigados e revelação de sigilo telefônico (de dados), mas não permite busca e apreensão na casa ou interceptação telefônica. Pergunta-se: qual é o fundamento dessa diferença de interpretação? Não são tais direitos fundamentais tratados iguais na Constituição Federal? Não razoável a decisão, pois tanto um quanto outro estão definidos no mesmo inciso do art. 5º da Carta de 1988 e têm o mesmo regime, como se vê: “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial (...)”. Sem motivo, portanto, para permitir a restrição de direito fundamental do investigado pela comissão de inquérito e impedir a restrição de outro, resultando desrespeito à integridade do ordenamento.

7) Se a maior parte das normas de direito fundamental descritas nesse trabalho são normas-regra, são imponderáveis e a restrição só ocorrerá

---

<sup>558</sup> “Nem se diga, de outro lado, na perspectiva do caso em exame, que a atuação do Poder Judiciário, nas hipóteses de lesão, atual ou iminente, a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, configuraria intervenção ilegítima dos juízes e tribunais na esfera de atuação do Poder Legislativo. Eventuais divergências na interpretação do ordenamento positivo não traduzem nem configuram situação de conflito institucional, especialmente porque, acima de qualquer dissídio, situa-se a autoridade da Constituição e das leis da República. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo – é imune à força da Constituição e ao império das leis. Uma decisão judicial – que restaura a integridade da ordem jurídica e que torna efetivos os direitos assegurados pelas leis – não pode ser considerada um ato de interferência na esfera do Poder Legislativo (...)” (MS 25.617-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 24-10-05, DJ de 3-11-05)

fundamentada em cláusula de exceção. Ao juiz caberá a verificação dos direitos em jogo. Se a prova pretendida pela comissão não possuir relação com o objeto investigativo, não deve deferir o pedido, pois ela contrariará dispositivos constitucionais (art. 5º e art. 58, § 3º).

8) O prejudicado por restrição indevida dos direitos fundamentais pode requerer indenização contra o Estado (pessoa política), com a conseqüente responsabilização, em ação regressiva, do parlamentar que cometer excessos, pois considera-se falta de decoro o abuso das prerrogativas, conforme art. 54, § 1º, da Constituição Federal.

9) As provas obtidas em desconformidade com a Constituição Federal, especialmente no tocante aos direitos fundamentais, não poderão ser utilizadas como provas em processo criminal subsequente, e devem ser desconsideradas pelo juiz, tendo em vista a vedação constitucional de provas ilícitas.<sup>559</sup>

É preciso alterar o conceito de que a investigação realizada pelo Poder Legislativo é sempre ineficaz ou ineficiente, haja vista a presença de algum defeito formal ocorrido durante o desenvolvimento dos trabalhos que contamina todo o procedimento. Para tanto, devem as provas serem produzidas em conformidade com a Constituição Federal, jamais em contrariedade aos direitos fundamentais..<sup>560</sup>

Portanto, deve-se respeitar a Constituição. A Justiça pode ser um não-caminho, uma aporia, uma virtude inalcançável, mas o Direito é o instrumento que permite chegar mais próximo dela.

---

<sup>559</sup> Conforme Novais, “quando o legislador constituinte prescreve a nulidade de todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, teve de fazer aí uma opção difícil, baseada essencialmente numa ponderação de interesses de sentido divergente. De um lado, os interesses da prevenção e repressão da criminalidade, da descoberta da verdade material, da punição dos que atentem contra valores dignos de tutela penal; do outro, o direito à privacidade, a dignidade da pessoa humana, a prevenção dos abusos e dos perigos que adviriam para os direitos fundamentais, em geral, da eventual admissibilidade de provas obtidas naquelas circunstâncias. Ponderados uns e outros, a Constituição dá prevalência absoluta, definitiva, incondicionada, a estes últimos e fá-lo numa forma que impede qualquer avaliação, exceção ou adaptação de caso concreto”. Continua o autor a afirmar que ocorreu já, por parte do Constituinte, a devida ponderação, preferindo evitar que uma “porta” que poderia acarretar graves prejuízos. Dessa forma, na visão de Novais, melhor um criminoso impune a um inocente condenado. (NOVAIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 578)

<sup>560</sup> Não é apenas no Brasil que o instituto é desacreditado. Há o mesmo conceito popular em relação à eficiência das comissões e a impunidade dos investigados (se houver indícios, evidentemente), especialmente se a investigação recair sobre um parlamentar (FERREIRA. Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares, p. 69).

## Bibliografia

1. AIRES, Matias. Reflexões sobre a vaidade dos homens. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
2. ALECRIM, Otacílio. As Comissões Congressuais de Investigação no Regime Presidencialista. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 34-46.
3. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.
4. \_\_\_\_\_. Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995.
5. \_\_\_\_\_. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
6. \_\_\_\_\_. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
7. \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *In.*: Revista de Direito Administrativo. n.º 217. Rio de Janeiro: Renovar. Julho/setembro de 1999.
8. \_\_\_\_\_. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *In.*: Revista de Direito Administrativo. n.º 217. Rio de Janeiro: Renovar. Julho/setembro de 1999.
9. ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos do Estado. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
10. ALVES, José Wanderley Bezerra. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
11. AMORIN, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *In.*: Revista de Informação Legislativa, n.º 165. Brasília: Senado Federal. 2005. (<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>, acesso em 2 de julho de 2007)
12. ANDRADE, Góis de. Comissões Parlamentares nos Estados Unidos. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 23-33.
13. ANDRADE, Manuel da Costa. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
14. ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. Anti-semitismo, Imperialismo, Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

15. \_\_\_\_\_. A condição humana. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
16. ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito. Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
17. ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *In.*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Direito Público em Tempos de Crise. Estudos e homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.
18. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
19. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
20. \_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
21. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral das Comissões Parlamentares: Comissões Parlamentares de Inquérito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
22. BARBOSA, Ruy. Commentários à Constituição Federal Brasileira, v. 2. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.
23. BARILE, Paolo. Istituzioni di Diritto Pubblico. 6ª ed. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991.
24. BARRETO, Lima. Triste fim de Policarpo Quaresma. Cotia: Ateliê Editorial, 2001.
25. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, v. 2. *In.*: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
26. \_\_\_\_\_. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *In.*: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 97-139.
27. \_\_\_\_\_. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *In.*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. Janeiro/Março de 2004, p. 1-36.
28. \_\_\_\_\_. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.
29. \_\_\_\_\_. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. *In* SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos e Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

30. \_\_\_\_\_. Comissões parlamentares de inquérito: limite de sua competência: sentido da expressão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”: inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. *In.*: Revista Forense, v. 335, p. 332
31. BASTOS, Celso Ribeiro. Estudos e Pareceres de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993
32. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
33. BENTHAM, Jeremy. Tática parlamentarias. Madri: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991.
34. BIELSA, Rafael. Derecho Constitucional, Buenos Aires: Depalma, 1959.
35. BIM, Eduardo Fortunato. A função constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito. Instrumentos da minoria parlamentar e informação da sociedade. *In.*: Revista de Informação Legislativa, n.º 165. Brasília: Senado Federal. 2005. (<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/principal.htm>, acesso em 2 de julho de 2007).
36. BINENBOJN, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
37. BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone: 1995.
38. BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
39. BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
40. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
41. BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *In.*: Revista de Direito do Estado, n.º 3. São Paulo: Renovar, julho/setembro de 2006.
42. BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
43. BULOS, Uadi Lammêgo. Comissão Parlamentar de inquérito: técnica e prática. São Paulo: Saraiva, 2001.
44. BURDEAU, Georges. Manuel de Droit Public. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1948.
45. BROSSARD, Paulo. Obrigação de depor perante comissões parlamentares de inquérito criadas por assembléia legislativa. *In.*: Revista de Direito Público, v. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abril/Junho de 1983, p. 126-145.



46. CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. La interpretacion de la constitucion por la jurisdiccion ordinaria. Madri: Civitas, 1990.
47. CALMON DE PASSOS, J. J. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal. *In.*: Revista Forense, v. 324. Rio de Janeiro: Forense, Outubro a Dezembro de 1993.
48. CALVINO, Italo. Todas as Cosmicômicas. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
49. CAMARGO, Laudo de. Comissões de Inquérito. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 7-8.
50. CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1942.
51. \_\_\_\_\_. Parecer: Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes do Congresso – Direitos e Garantias Individuais – Exibição de Papéis Privados. *In.* Revista Forense, 195/91
52. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.
53. \_\_\_\_\_. Estudos sobre os direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
54. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
55. \_\_\_\_\_. Constituição da República Portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993
56. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
57. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
58. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Manual da Constituição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1960.
59. CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical. *In.*: FONSECA, Ricardo Marcelo. Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
60. CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *In.*: GRAU, Eros Roberto. CUNHA, Sérgio Sérulo da (organizadores). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
61. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico. *In.*: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Madri: Editorial Trotta, 2005.

62. COMPARATO, Fabio Konder. Comissões parlamentares de inquérito – Limites. *In.*: Revista Trimestral de Direito Público, n.º 5. São Paulo: Malheiros. 1994.
63. COOLEY, Thomas. Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
64. CORVIN, Edward S. A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.
65. COSTA, Moacyr Lôbo da. Origem, natureza e atribuições das comissões parlamentares de inquérito. *In.*: Revista de Direito Público, n.º 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
66. COSTA, Pietro. Derechos, *In.*: FIORAVANTI, Maurizio (org.). El Estado Moderno en Europa. Instituciones y derecho. Madri: Editorial Trotta, 2004.
67. COSTALDELLO, Angela Cassia. Olhos da Justiça. Controle judicial é um dos pilares do Estado Democrático. Artigo publicado no site Consultor Jurídico, <http://conjur.estadao.com.br/static/text/57294,1>, acesso em 8 de julho de 2007.
68. COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário. São Paulo: Livraria Editora Universidade do Direito, 1991.
69. CRETELLA JÚNIOR, José. Do Ato Administrativo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.
70. \_\_\_\_\_. Comentários à Constituição de 1988. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
71. CUNHA, Sérgio Sérulo da. Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2006.
72. \_\_\_\_\_. O que é um princípio. *In.*: Cadernos de Soluções Constitucionais (Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas). São Paulo: Malheiros
73. DEL VECCHIO, Giorgio. A Justiça. São Paulo: Saraiva, 1960
74. \_\_\_\_\_. Teoria do Estado. São Paulo: Saraiva, 1957.
75. DERRIDA, Jacques. Force de Loi: Le “Fondement Mystique de L’Autorité”. *In.*: Cardozo Law Review. Nova York: Benjamin N. Cardozo School of Law, julho/agosto de 1990.
76. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
77. DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito. Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2004.
78. DUARTE, Samuel. Inquéritos Parlamentares. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 74-77.

79. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. IV, L'Organisation Politique de la France. Paris: Anciente Librairie Fontemoing, 1928.
80. \_\_\_\_\_. *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de l'État. Libertés publiques. Organisation politique*. 10 ed. Paris: Fontemoing & C, Éditeurs, 1911.
81. \_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Editorial Comares, 2005.
82. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
83. \_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
84. \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
85. ESCOLA, Hector Jorge. *El interes público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palma, 1989.
86. FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
87. \_\_\_\_\_. *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*. Madri: Editorial Trotta, 2001.
88. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
89. FERREIRA, Jorge. *Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares*. Coimbra: Almedina, 1999.
90. FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. v. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.
91. FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. *In.*: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *El Estado Moderno em Europa*. Madri: Editorial Trotta, 2004.
92. \_\_\_\_\_. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Madri: Editorial Trotta, 2003.
93. FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Max Limonad, 2003.
94. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996.
95. FRAGA, Albérico. *As Comissões Parlamentares de Inquérito na Constituição brasileira de 1946*. *In.*: *Revista Forense*, n.º 151. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, Jan/Fev de 1954, p. 78-82.
96. FREITAS, Juarez. *o controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
97. FRUET, Gustavo Bonato. *Lei de imprensa e liberdade de informação: o limite entre a norma penal e o direito de ser informado (dissertação de mestrado)*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1995.

98. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Pequeno Dicionário de Filosofia Contemporânea. São Paulo: PubliFolha, 2006.
99. GORDILLO, Agustín. Principios Gerais de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
100. GUASTINI, Riccardo. Lezioni de teoria costituzionale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.
101. \_\_\_\_\_. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
102. \_\_\_\_\_. Il giudice e la legge. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.
103. HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial dos derechos fundamentales. Madri: Dykinson, 2003.
104. \_\_\_\_\_. La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional. Granada: Comares, 2003.
105. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
106. \_\_\_\_\_. A inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
107. HAURIOU, Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. Granada: Editorial Comares, S.L., 2003.
108. HART, H. L. A. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1972.
109. HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha (Trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
110. HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ícone, 2000.
111. \_\_\_\_\_. Os elementos da lei natural e política. São Paulo: Ícone, 2002.
112. HORTA, Raul Machado. Limitações constitucionais dos poderes de investigação. *In.*: Revista de Direito Público, n.º 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1968.
113. IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
114. ITAGIBA, Ivair Nogueira. Aperfeiçoamento do Estado Democrático. Democracia de nova estilização. Constituição de estrutura moderna. Entrelaçamento de funções. Comissões Parlamentares de Inquérito. Direito Parlamentar. Direito Municipal. Crimes de responsabilidade. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 47-73.
115. JACQUES, Paulino. A Constituição Federal Explicada. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

116. \_\_\_\_\_. Comissão Parlamentar de Inquérito e governo de Gabinete. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 83-85.
117. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.
118. \_\_\_\_\_. O direito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. *In.*: Revista Negócios Públicos. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, ano 2, n.º 6, 2005.
119. KAFKA, Franz. O Processo. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
120. KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
121. \_\_\_\_\_. Teoria Pura do Direito. 4ª. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
122. LAZZARINI, Alvaro. As Comissões Parlamentares de Inquérito como Instrumento de Apuração da Corrupção. *In.*: Revista de Direito Administrativo, v. 228. Rio de Janeiro: Renovar, abril a junho de 2002.
123. LIMA, Rosah Russomano de Mendonça. Comissões Parlamentares de Inquérito. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 86-94.
124. MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. Os Artigos Federalistas: 1787 – 1788. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.
125. MARINHO, Josaphat. Natureza e função política das Comissões Parlamentares de Inquérito. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 98-102.
126. MARQUES, José Frederico. (Comissão Parlamentar de Inquérito – Assembléia Legislativa Estadual. *In.*: Revista Forense, v. 216. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1966, 39-42, p. 42
127. MATHIEU, Bertrand. VERPEAUX, Michel. Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.
128. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
129. \_\_\_\_\_. Comentários à Constituição Brasileira de 1946. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954.
130. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
131. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.
132. MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

133. \_\_\_\_\_. Sobre as comissões parlamentares de inquérito em Portugal. *In.*: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
134. MONTESQUIEU. O espírito das leis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
135. MORAES, Alexandre de. Limitações Constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito. *In.* Revista de Informação Legislativa, n.º 146.
136. \_\_\_\_\_. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.
137. NINO, Carlos Santiago. La Constitucion e la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.
138. MUÑOZ, Ongrid Ahumada. Las Comisiones Parlamentares em Chile y Otros Países. *In.* Seminário de Derecho Público, n.º 24, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Universidad de Chile
139. MURO, Ignacio Torres. Las comisiones parlamentarias de investigación. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
140. NIEMEYER, Gerhart. O interesse público e o interesse privado. *In.*: FRIEDRICH, Carl (ed.). O interesse público. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
141. NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
142. OLIVEIRA FILHO, João de. Legislativo: Poder Autêntico. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
143. \_\_\_\_\_. Comissões Parlamentares de Inquérito. *In.*: Revista Forense, n.º 151. Rio de Janeiro: Revista Forense, Jan/Fev de 1954, p. 9-22.
144. OST, François. Droit et intérêt; entre droit et non-droit: l'intérêt. v. 2. Bruxelas: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.
145. PALOMBELLA, Gianluigi. Constitución y Soberania. Granada: Comares. 2000.
146. PEREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales. 6ª ed. Madri: Tecnos, 1995.
147. PIÇARRA, Nuno. O Inquérito Parlamentar e os seus Modelos Constitucionais: o caso português. Lisboa: Almedina, 2004.
148. PIOVESAN, Flávia. Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade. *In.*: Cadernos de Soluções Constitucionais, n.º 1. São Paulo: Malheiros, 2003.
149. PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

150. \_\_\_\_\_. Comentários à Constituição de 1946, v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
151. POZZOLO, Suzana. Un constitucionalismo ambíguo. *In.*: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Madri: Editorial Trotta, 2005.
152. QUEIROZ, Cid Heráclito de. O sigilo bancário. *In.*: Revista Forense, v. 329. Rio de Janeiro: Forense, Janeiro a Março de 1995.
153. RAMOS, Beatriz Vila. Los sistemas de comisiones parlamentarias. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
154. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1981.
155. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
156. \_\_\_\_\_. Poderes das comissões parlamentares de inquérito. São Paulo: Saraiva. 1997.
157. RIVERO, Jean. HUGUES, Moutouh. Liberdades públicas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
158. ROBLES, Gregorio. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedade actual. Madri: Cuadernos Cívitas
159. ROMANO, Santi. Princípios de direito constitucional geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
160. ROSAS, Roberto. Limitações às comissões de inquérito do Legislativo. *In.*: Revista de Direito Público, n.º 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho de 1970.
161. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Contrato Social. Lisboa: Editora Presença, 1977.
162. ROYO, Javier Perez. Curso de Derecho Constitucional. 3a ed. Madri: Marcial Pons, Ediciones Juridicas Y Sociales, 1996.
163. RUBIO, Ricardo Medina. La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación. Madri: Editorial Civitas, 1994.
164. SALDANHA, Nelson. O Jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
165. \_\_\_\_\_. O Estado Moderno e a Separação de Poderes. São Paulo: Saraiva, 1987.
166. SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y Positivismo. México: Fontamara. 1999.
167. \_\_\_\_\_. Neoconsitucionalismo y ponderación judicial. *In.*: Carbonell, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003
168. SAMPAIO, Nelson de Souza. Do inquérito parlamentar. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

169. SANTOS, Ruy. O Poder Legislativo, suas virtudes e seus defeitos. Brasília: Senado Federal, 1972.
170. SARLET, Ingo. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
171. SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados. *In.*: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos, Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
172. \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
173. SAULO RAMOS, José. Parecer. Comissão Parlamentar de Inquérito – Poder de investigar – fato determinado. *In.*: Revista de Direito Administrativo, v. 171. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, janeiro/março de 1988.
174. SCHIER, Paulo Ricardo. Comissões Parlamentares de Inquérito e o Conceito de Fato Determinado. Tese. Universidade Federal do Paraná, 2002.
175. \_\_\_\_\_. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *In.*: A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. n.º 17. Belo Horizonte: Editoria Fórum, Julho/Setembro de 2004.
176. \_\_\_\_\_. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a Defesa dos Direitos Individuais. *In.*: Revista da Unibrasil (online). [http://www.unibrasil.com.br/revista\\_on\\_line/artigo%2024.pdf](http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2024.pdf), acesso em 2 de julho de 2007.
177. SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madri: Alianza Editorial, 1992.
178. \_\_\_\_\_. La defensa de la Constitución. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1998.
179. SCHMITT, Carl. O conceito do político. Petrópolis: Vozes, 1992.
180. SCHWARTZ, Bernard. Direito Constitucional americano. Rio de Janeiro: Forense. 1966.
181. SEABRA FAGUNDES. Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
182. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
183. SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros,. 2005.
184. \_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais
185. SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. Comissão Parlamentar de Inquérito. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2007.



186. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *In.*: Revista de Direito do Estado. n.º 1. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro/março de 2006.
187. SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1992.
188. TÁCITO, Caio. Comissão Parlamentar de Inquérito – requisição de informações – sigilo bancário. *In.*: Revista de Direito Administrativo. v. 242. Rio de Janeiro: Renovar, outubro/dezembro, 2005, p. 229-232.
189. TAYLOR, Telford. Grand inquest, the story of congressional investigation. New York: Ballantine Books, Inc., 1955.
190. TELLES JUNIOR, Goffredo. Iniciação na Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 2001.
191. VALÉRIO FILHO, Américo Gonçalves. Poderes coercitivos e limites das comissões de inquérito criadas pelas Assembléias Legislativas estaduais ou Câmaras Municipais para apurar fato determinado – aplicabilidade da Lei n. 1579/52 aos Estados-Membros da Federação e aos Municípios (parecer). *In.*: Revista Forense, v. 263. Rio de Janeiro: Forense, julho/setembro de 1978, p. 118-128.
192. VANOSSI, Jorge Reinaldo. El Poder de Investigación del Congreso Nacional. *In.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.º 27. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 1976, p. 408-410.
193. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo : RT, n. 26, 1998. p. 26
194. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.
195. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Torino: Editorial Trotta, 2003.
196. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan. 2007.
197. ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
198. \_\_\_\_\_. Introdução ao Estudo do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
199. Coletânea jurisprudencial: O Supremo Tribunal Federal e as Comissões Parlamentares de Inquérito. *In.*: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/cpi/cpi.pdf>. Acesso em 6 de julho de 2007. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.